J. Schweitzer Sortiment
Buchhandlung und Antiquariat
München
Maximiliansplatz 4.

Konkursordnung

8° J. pract.
401 r

Inv. No. 807.

N. 1118.
K. Oberlandesgericht
Nürnberg.
Syst. II Da
№ 8
Inv. №

KONKURSORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH.

KONKURSORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST DEM EINFÜHRUNGSGESETZ,

DEN KONKURSRECHTLICHEN BESTIMMUNGEN DES GENOSSENSCHAFTSGESETZES

UND

DEM REICHSGESETZ VOM 21. JULI 1879, BETR. DIE ANFECHTUNG VON RECHTSHANDLUNGEN EINES SCHULDNERS AUSSERHALB DES KONKURSVERFAHRENS.

FÜR DEN PRAKTISCHEN GEBRAUCH ERLÄUTERT

VON

DR. JULIUS PETERSEN,
REICHSGERICHTSRAT IN LEIPZIG

UND

DR. GEORG KLEINFELLER,
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

DRITTE VERMEHRTE AUFLAGE.

LAHR.
DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG.
1892.

G. u. 1815.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Aus dem Vorwort
zur zweiten Auflage.

Die Erläuterungen der Verfasser sind vorzugsweise auf die Bedürfnisse der Praxis berechnet. Diesen entsprechen systematische Lehrbücher, so gross auch deren Nutzen sonst ist, in der Regel nicht in vollem Maasse. In solchen Werken fehlt der Wortlaut des Gesetzes, auf den es bei der Anwendung des Rechtes in erster Linie ankommt. Ausserdem liegt den Lehrbüchern in der Regel ein anderes System als das im Gesetzbuche befolgte zu Grunde, während sich der Praktiker gerade in dieses recht einleben will und soll. Endlich kann in rein systematischen Darstellungen den einzelnen Streitfragen meist nur wenig Raum gewidmet werden. Auch der Praxis ist aber schliesslich mit blossen Repertorien oder Nachschlagebüchern wenig gedient, und es liegt keineswegs in der Natur der Sache, dass die Kommentare nur im einzelnen Falle zum Nachschlagen dienen können, zum eigentlichen Studium dagegen ein systematisches Lehrbuch oder Handbuch benutzt werden muss. Es ist vielmehr sicher ein Bedürfnis nach solchen Büchern vorhanden, welche den Bedürfnissen der Praxis entsprechen, aber zugleich ein zusammenhängendes und eingehendes Studium der Gesetzbücher ermöglichen und thunlichst erleichtern. Schon bei der ersten Auflage dieses Buches war die Auffassung maassgebend, dass diesem Bedürfnisse umsomehr entsprochen werde, je systematischer die Darstellung geordnet sei. An dieser Auffassung ist auch bei der zweiten Auflage von den Verfassern festgehalten worden. Werden die Erläuterungen in mehr oder weniger unzusammenhängender Weise an die einzelnen Vorschriften des Gesetzbuches angehängt, so wird das Studium, insbesondere bezüglich der umfangreichern Materien, sehr anstrengend, ja manchmal geradezu peinlich. Diese Anstrengung ist aber nicht mit einer bessern Einprägung des Stoffes verbunden. Vielmehr wird gerade diese umsomehr erschwert, je weniger die Darstellung systematisch geordnet ist. Deshalb wurde danach gestrebt, den Stoff, soweit es innerhalb der durch die Kommentarform gesteckten Grenzen möglich war, thunlichst nach allgemeinen Gesichtspunkten zu verteilen sowie eine zusammenhängende und übersichtliche Darstellung zu geben. Es wurde versucht, die Vorteile eines systematisch angelegten Lehr- oder Handbuches, soweit dies erreichbar ist, mit denen des Kommentars zu verbinden, durch welchen das Gesetzbuch selbst erläutert wird, und so die der letztern Behandlungsweise anklebenden Mängel auf ein möglichst geringes Maass herabzudrücken.

Vorwort
zur dritten Auflage.

Bei Bearbeitung der neuen Auflage, welche nach verhältnismässig kurzer Zeit erforderlich geworden ist, waren die Verfasser ebenso wie früher bestrebt, alle auf die Anwendung der K.-O. bezüglichen Fragen in der ihrer Bedeutung entsprechenden Weise zu erörtern und eine möglichst vollständige Übersicht über den Stand der Rechtslehre und Rechtsprechung auf dem Gebiete des Konkursrechtes und Anfechtungsrechtes zu geben. Die Rechtsprechung ist berücksichtigt, soweit sie bis Anfang Juni 1892 veröffentlicht war. Den umfangreicheren Abschnitten wurden zur Erleichterung des Auffindens einzelner Sätze alphabetische Übersichten vorangestellt. Die neuen Auflagen von Eccius, Oppenhoff und Rüdorff-Stenglein konnten leider nicht mehr, die vierte Auflage von Hartmann konnte nur in den Erläuterungen zum Anfechtungsgesetze benützt werden. Neu sind die Erläuterungen zu denjenigen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes, welche sich auf das Konkursverfahren beziehen. Das Reichsges. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist in den Nachträgen zu §§ 193 ff., 209 ff. berücksichtigt.

Um für den in erheblichem Maasse erwachsenen neuen Stoff Raum zu gewinnen, waren die Verfasser andererseits darauf bedacht, die bisherigen Ausführungen möglichst zu kürzen. Dazu diente zunächst der Gebrauch von Abkürzungen für die am häufigsten wiederkehrenden Ausdrücke (K.-O., K.-E. u. s. w.). Ferner trat eine Beschränkung der in den Anm. enthaltenen Litteratur-Notizen in solchen Fällen ein, in welchen entweder eine Meinungsverschiedenheit überhaupt nicht mehr vorliegt, oder nur ein einziger Schriftsteller der herrschenden Meinung gegenübersteht. Ausserdem wurden einzelne Ausführungen über bestehende, aber als erledigt anzusehende, Streitfragen ganz gestrichen oder auf ein geringeres Maass beschränkt.

Bezüglich der Arbeitsteilung wurde es im allgemeinen ebenso gehalten, wie bei der zweiten Auflage, so dass jeder Verfasser den ganzen Stoff durchgearbeitet hat. Nach der ursprünglich getroffenen Vereinbarung sollte Dr. Kleinfeller unter Benützung der teils von ihm selbst, teils von dem andern Verfasser gesammelten Materialien vollständig ausgearbeitet und eingehend begründete Vorschläge darüber machen, welche Änderungen und Ergänzungen geboten seien. Auf dieser Grundlage sollte Reichsgerichtsrat Petersen die eigentliche Bearbeitung vornehmen und diese Kleinfeller zur nochmaligen Durchsicht vorlegen. So wurde auch bei der zweiten Auflage längere Zeit verfahren.

Über die hierbei hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten, welche nur selten Prinzipienfragen betrafen, verständigten die Verfasser sich brieflich. Kleinfeller fasste seine Aufgabe aber von vornherein so auf, dass er eine vollständige erste Bearbeitung vornahm. Dadurch gestaltete sich die Sache so, dass zum Teil ein ganz neues Buch entstand und der andere Verfasser sich schliesslich auf eine genaue Prüfung und teilweise Neubearbeitung beschränken konnte. Für die dritte Auflage hat Kleinfeller unter Benützung der von Reichsgerichtsrat Petersen zusammengestellten Litteratur-Notizen und angefertigten Auszüge von vorneherein die erste Bearbeitung, insbesondere auch in Ansehung des Genossenschaftsgesetzes übernommen, während sich der andere Verfasser auf die Prüfung und Revision beschränkte. Nur in Ansehung der beiden ersten Titel (S. 1—86) fiel ihm wegen anderweitiger Beschäftigung Kleinfellers auch die erste Bearbeitung zu.

Inhaltsübersicht.

	Seite.
Vorwort	V—VII
Einleitung	XI—XV
Abkürzungen	XVI—XX

I. Konkursordnung.

Erstes Buch.

Konkursrecht.

Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen. §§ 1—14	1—64
Zweiter Titel: Erfüllung der Rechtsgeschäfte. §§ 15—21	64—92
Dritter Titel: Anfechtung. §§ 22—34	92—174
Vierter Titel: Aussonderung. §§ 35—38	174—205
Fünfter Titel: Absonderung. §§ 39—45	205—239
Sechster Titel: Aufrechnung. §§ 46—49	240—255
Siebenter Titel: Massegläubiger. §§ 50—53	255—268
Achter Titel: Konkursgläubiger. §§ 54—63	268—301

Zweites Buch.

Konkursverfahren.

Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen. §§ 64—93	301—356
Zweiter Titel: Eröffnungsverfahren. §§ 94—106	356—379
Dritter Titel: Teilungsmasse. §§ 107—125	379—413
Vierter Titel: Schuldenmasse. §§ 126—136	413—454
Fünfter Titel: Verteilung. §§ 137—159	455—487
Sechster Titel: Zwangsvergleich. §§ 160—187	487—535
Siebenter Titel: Einstellung des Verfahrens. §§ 188—192	535—542
Achter Titel: Besondere Bestimmungen. §§ 193, 194	542—546
Genossenschaftsgesetz §§ 91—119, 122—124, 134, 135	546—571
Besondere Bestimmungen §§ 198—208	571—588

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.

§§ 209—214	588—632

II. Einführungsgesetz zur Konkursordnung.

Seite.
§§ 1—17 . 633—650

III. Reichsgesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens.

§§ 1—14 . 651—696

Nachträge zur Konkursordnung und zum Anfechtungsgesetze 697—711
Sachregister . 712—728

Einleitung.

I. Entstehungsgeschichte.

Das Bedürfnis nach Rechtseinheit hat sich fast auf keinem Gebiete so mächtig geltend gemacht als bezüglich des Kv., hinsichtlich dessen in den einzelnen Staaten die verschiedenartigsten Bestimmungen bestanden. [1]) Es wurde deshalb seit langer Zeit insbesondere von Angehörigen des Handelsstandes eine einheitliche Regelung verlangt. Demgemäss war schon bei Aufstellung des Entw. zum deutschen H.-G.-B. und bei dessen Beratung erwogen worden, ob nicht Bestimmungen über das Kv. in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollten. Der preussische Entw. enthielt in seinem fünften Buche eingehende Vorschriften über das „Falliment". Von der Kommission, welche mit der Entwerfung des H.-G.-B. beauftragt war, wurde jedoch auf die Beratung dieses sowie des sechsten, die Gerichtsbarkeit in Handelssachen betreffenden, Buches nicht eingegangen, weil die Bestimmungen zunächst auf den preussischen Staat berechnet und deshalb nicht vollständig und erschöpfend genug seien, auch keine Aussicht bestehe, ohne gleichzeitige Vereinbarung eines gemeinschaftlichen Verfahrens und einer einheitlichen Organisation der Handelsgerichte zu einer Einigung über den Inhalt des Entw. zu gelangen. Mit Rücksicht darauf zog die preuss. Regierung ihren ursprünglichen Entw. zurück und ersetzte ihn durch einen andern Vorschlag, welcher nur einige Hauptgrundsätze enthielt und insbesondere die Voraussetzungen und Folgen einer Fallimentserklärung hinsichtlich der Kaufleute regeln sollte. Aber auch auf diesen neuen Vorschlag ging die Kommission nicht ein, weil er noch weniger als der frühere geeignet sei, den Anforderungen des Handelsstandes, der eine einheitliche und vollständige Regelung des kaufmännischen Konkursrechtes und Kv. erwarte, zu entsprechen.

Im Norddeutschen Bunde wurde bald nach Beginn der Vorarbeiten für eine deutsche C.-P.-O. und St.-P.-O. auch eine K.-O. für das ganze Bundesgebiet in Aussicht genommen. Am 21. Februar 1870 beschloss der Bundesrat, den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer einheitlichen K.-O. für den Norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen, und dieser regte dann bei dem preuss. Justizminister dessen Ausarbeitung an. Zufolge dieser Beschlüsse wurde im preuss. Justizministerium auf der Grundlage der preuss. K.-O. ein Entwurf zu einer „deutschen Gemeinschuldordnung" festgestellt. Nach seiner Beendigung hatten sich aber die Verhältnisse insofern geändert, als inzwischen das Deutsche Reich gegründet worden war. Im November 1873 wurde der Entw. vom Reichskanzler den Bundesregierungen mitgeteilt und gleichzeitig durch den Buchhandel veröffentlicht. Am 21. Dezember 1873 beschloss der Bundesrat, dass dieser Entw. einer Vorberatung durch eine besondere, aus acht Juristen

[1]) In dem Anlagenband, welcher den Mot. zum Entw. der K.-O. beigefügt ist, sind in Anlage I. die Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechtes dargestellt. Die Anlagen II. und III. enthalten das englische Recht und dasjenige der Verein. Staaten von Nordamerika.

und drei Vertretern des Handelsstandes gebildete, Kommission unterstellt werden solle. Hierzu wurden gewählt: 1) Albrecht, Präses des Handelsgerichtes in Hamburg; 2) von Amsberg, Oberappellationsgerichtsrat in Rostock; 3) Förster, Geh. Oberjustizrat in Berlin; 4) Harrasowitz, Geh. Justizrat und Stadtgerichtsdirektor in Berlin; 5) von Kohlhaas, Obertribunalsrat in Stuttgart; 6) Makower, Rechtsanwalt in Berlin; 7) von Neumayr, Präsident des obersten Gerichtshofes in München; 8) Schmitt, Rat an diesem Gerichtshofe und Referent im bayer. Justizministerium; 9) Paul Bassenge, stellv. Vorsitzender der Handelskammer in Leipzig; 10) Franz Schütte, Mitglied der Handelskammer in Bremen, und 11) der Geh. Kommerzienrat Robert Warschauer, Bankier in Berlin. Als Schriftführer wurden der Kommission Stadtgerichtsrat Hagens in Berlin und Landgerichtsrat Lingen in Elberfeld beigegeben. Von dieser Kommission, welche am 16. März 1874 in Berlin zusammentrat und ihre Arbeit am 31. Juli d. J. beendigt hatte, wurde der ihr vorgelegte Entwurf in drei Lesungen, welche 73 Sitzungen beanspruchten, durchberaten. Der so festgestellte Entwurf zu einer „deutschen Konkursordnung" schloss sich in der Anlage und den Grundzügen ganz an den ersten Entwurf an, enthielt aber im einzelnen sowohl bezüglich der Anordnung und Fassung als der aufgestellten Rechtssätze zahlreiche Änderungen. Dieser Kommissionsentwurf wurde vom Bundesrate durchberaten, der noch einige sachliche und auf die Fassung bezügliche Änderungen (s. Vorwort zu den Mot. S. 4) beschloss, und am 21. Januar 1875 dem Reichstage vorgelegt, in welchem er während der folgenden Session am 4. November 1875 zur ersten Lesung gelangte. Vom Reichstage wurde er an eine Kommission von 14 Mitgliedern verwiesen, welche aus den Abgeordneten Ausfeld, Frankenburger, Dr. Goldschmidt, Grütering, Haanen, Hullmann, Kochann, Mosle, Dr. von Sarwey, Schröder (Lippstadt), Dr. Websky, von Woedtke, von Vahl und Wölfel bestand. Für die ausscheidenden Mitglieder Frankenburger und Mosle traten Dr. Zimmermann und Möring ein. Die Kommission wählte als Vorsitzenden Dr. von Sarwey, als dessen Stellvertreter Dr. Goldschmidt. Als Protokollführer waren Dr. Schreber, Dr. Seuffert und Sydow thätig. Als Regierungskommissäre nahmen an den Beratungen der Kommission teil: der Direktor im Reichskanzleramte, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat von Amsberg, der preuss. Geh. Oberjustizrat Hertz, Regierungsrat Hagens und der bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. Hauser. Die Kommission, welche ebenso wie die mit der Beratung der C.-P.-O., St.-P.-O. und des G.-V.-G. beauftragte „Justizkommission" durch Gesetz vom 1. Februar 1876 ermächtigt wurde, ihre Verhandlungen nach Schluss der Reichstagssession fortzusetzen, erledigte ihre Aufgabe in 27 Sitzungen in der Zeit vom 4. November 1875 bis 4. Februar 1876 und vom 18. Mai bis 26. Mai 1876. Die von der Kommission beschlossenen Änderungen sind nicht sehr zahlreich und beziehen sich meist nur auf die Fassung. Im Reichstage wurde durch den Abgeordneten von Vahl über den Kommissionsentwurf mündlich Bericht erstattet und wurde dieser Entwurf in zweiter und dritter Lesung einstimmig im ganzen angenommen.

Für die Auslegung der K.-O. kommen, soweit die Gesetzgebungsverhandlungen in Frage stehen, vor allem die Mot. in Betracht, welche mit denen zum Entwurfe einer deutschen Gemeinschuldordnung im allgemeinen übereinstimmen, sodann die Protokolle der Reichstagskommission, insbesondere die sogenannten authentischen Interpretationen.

II. Leitende Grundsätze.

Die Grundlage des Entwurfes bildete im allgemeinen, wie bereits hervorgehoben wurde, die preuss. K.-O. vom 8. Mai 1855, welche ihrerseits aus einer „Verarbeitung des gemeinen deutschen und des französischen Rechtes hervorgegangen ist" (M. S. 8). Die K.-O. ist jedoch nicht als eine blosse Überarbeitung des preussischen Gesetzbuches, sondern, namentlich auch bezüglich der Anordnung und der Fassung der einzelnen §§, als ein selbständiges Werk anzusehen. Inhaltlich unterscheidet sich das neue Gesetzbuch von der

preuss. K.-O. in vielen Punkten, von denen hier nur die Beseitigung des Unterschiedes zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurse, die freiere Stellung des K.-V. und der Gläubiger gegenüber dem Gerichte, die Behandlung der Absonderungsberechtigten und die Regelung des Verteilungsverfahrens hervorgehoben werden soll. Den grössern Abschnitten sind im Kommentar allgemeine Vorbemerkungen vorausgeschickt worden, welche die Grundgedanken des Gesetzes erläutern. Hier soll die Aufgabe, welche die K.-O. sich gestellt hat, sowie die Art und Weise, in welcher deren Lösung erstrebt worden ist, nur kurz gekennzeichnet werden:

1) Durch die K.-O. wird nicht bloss das eigentliche Konkursverfahren, von welchem das zweite Buch handelt, sondern auch das Konkursrecht, das den Gegenstand des ersten Buches bildet, in einheitlicher und erschöpfender Weise geregelt. Hierzu entschloss man sich sowohl mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, eine überall klare und scharfe Grenze zwischen sog. materiellem und formellem Rechte zu finden, als auch mit Rücksicht darauf, dass nur auf diesem Wege ein befriedigendes Ergebnis zu erwarten sei (M. S. 6). Bloss soweit eine einheitliche Regelung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des bürgerlichen Rechtes als unausführbar erschien, wurde auf die Landesgesetzgebung verwiesen (vgl. §§ 20, 39, 43, 45, 116 und 180 K.-O. und §§ 5—7 E.-G.).

2) Nach der K.-O. ist die K.-E. nicht bloss, wie nach franz. Rechte, bei Kaufleuten möglich. Vielmehr unterliegen ihr, wie es in Deutschland, mit Ausnahme der Länder des rhein. Rechtes, immer der Fall war und nach allen neuern K.-O., namentlich nach der neuern englischen und nordamerikanischen Gesetzgebung, der Fall ist, auch Nichtkaufleute. Es wurde aber auch die in mancher Gesetzgebung, insbesondere in der preuss. K.-O., hergebrachte Unterscheidung zwischen „kaufmännischem“ und „gemeinem“ Konkurse ganz aufgegeben. Hiernach gelten — abgesehen von einzelnen Strafbestimmungen, welche nur auf Kaufleute berechnet sind (§ 209 Z. 3 u. 4, § 210 Z. 2 u. 3) — alle Vorschriften der K.-O. in gleicher Weise für Kaufleute wie für Nichtkaufleute. Die Gründe zur Beseitigung der angeführten Beschränkung und der Scheidung des Verfahrens je nach dem Stande des Gemeinschuldners wurden in den Motiven (S. 10—12) ausführlich dargelegt.

3) Damit das Kv. eröffnet werden kann, wird weder der Nachweis einer Überschuldung oder Vermögensunzulänglichkeit (Ausnahmen finden sich in § 193 u. 203) verlangt, noch genügt ein solcher. Es wird vielmehr regelmässig vorausgesetzt, dass sich der Schuldner im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinde, welche insbesondere dann anzunehmen ist, wenn eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat (Bem. I. u. II. zu § 94).

4) Nach der K.-O. erscheint das Kv. nicht als ein Prozess sondern als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung zwischen dem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner und dessen Gläubigern, welche mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma verglichen wird (M. S. 9 u. 10, Bem. I. 2 zu § 5, Bem. 1 zu § 65).[1] Zur Befriedigung der Gläubiger dient hierbei das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners, welches ihm zur Zeit der K.-E. gehört. Dagegen bildet das nach dieser erworbene oder angefallene Vermögen einen Bestandteil der Masse nicht (§ 1). Andererseits nehmen an dieser Auseinandersetzung nur die „Konkursgläubiger“, d. h. diejenigen persönlichen Gläubiger teil, welche einen zur Zeit der K.-E. begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (§ 2). Rechte, welche ein Dritter schon vor der K.-E. bezüglich einzelner in der Masse befindlicher Gegenstände erworben hatte, mögen sie auf Aussonderung der nicht zur Masse gehörenden Gegenstände aus dieser (separatio ex jure dominii des gemeinen Rechtes) oder auf Absonderung von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung von Pfandgläubigern u. s. w. (Separatisten ex jure crediti) gerichtet sein, werden durch das Kv. grundsätzlich nicht berührt. Vielmehr haben die Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten ihre Ansprüche unabhängig vom Kv. geltend

[1]) Vgl. noch Fischer in Buschs Z. Bd. 10 S. 422.

zu machen (Bem. I. u. II. zu § 3, Vorbem. 1 zu §§ 35 ff.). Die Absonderungsberechtigten sind jedoch verpflichtet, von den in ihrem Besitze befindlichen, zur Masse gehörigen Gegenständen Anzeige zu machen und müssen sich deren Abschätzung und Zwangsveräusserung gefallen lassen (§§ 110, 116, 117). Soweit sie ungeachtet der abgesonderten Befriedigung noch Gläubiger bleiben, können sie ihre Ausfallsforderung im Kv. geltend machen, sind aber in dieser Beziehung gewissen Beschränkungen unterworfen (§§ 57 und 141). Die K.-Gl. haben Anspruch auf gleichmässige Befriedigung; für eine kleine Zahl von Forderungen sind jedoch Vorrechte beibehalten worden (§ 54).

5) Während die gemeinrechtliche Lehre von dem Grundsatze beherrscht war, dass das Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners zum Zwecke der Berichtigung seiner Verbindlichkeiten auf die Gesamtheit der Gläubiger übergehe, findet nach der K.-O. ein solcher Vermögensübergang nicht statt. Der Gemeinschuldner verliert zwar zufolge der K.-E. die Befugnis, sein zur Masse gehöriges Vermögen zu verwalten sowie darüber zu verfügen, und es geht diese Befugnis auf den K-V. über, der als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist (§ 5). Auch sind die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche er nach der K.-E. in Beziehung auf die Masse vornimmt, den K.-Gl. gegenüber nichtig (§ 6). Aber der Gemeinschuldner bleibt trotzdem Eigentümer der zur Masse gehörigen Sachen und Träger der übrigen Vermögensrechte. Auch wird seine Handlungsfähigkeit durch das Kv. nicht aufgehoben. Vielmehr kann er, soweit die Masse nicht berührt wird, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden (Bem. II. 2 u. u. III 1 zu § 5).

Der K.-O. ist die Auffassung fremd, dass die K.-Gl. als eine Gesamtheit betrachtet (die „Gläubigerschaft"), eine juristische Person, Gesellschaft oder Gemeinschaft bilden. Vielmehr stehen diese dem Gemeinschuldner als einzelne Personen gegenüber (Bem. I. 2 zu § 2). Aber auch als einzelne erlangen die Gläubiger ein dingliches Recht an der Masse, insbesondere ein Pfandrecht, nicht (Bem. I. 2 zu § 2, Bem. II. 1 zu § 5 und Einleitung zur 2. Aufl. S. XII ff.).[1])

Aus der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ergiebt sich für die K.-Gl. nicht ein besonderer „Konkursanspruch". Deren Anspruch auf Befriedigung wird vielmehr nur hinsichtlich seiner äussern Form und zwar in der Weise verändert, dass nun das vorhandene Vermögen zur gemeinschaftlichen Befriedigung dieser Gläubiger verwendet werden muss. Die Verletzung dieses Rechtes begründet die Befugnis zur Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen (Bem. I. 1 zu § 2, Bem. I. 2 zu § 23).

6) Die Leitung des Kv. steht nach der K.-O. dem Gerichte zu und zwar ist die Thätigkeit des Konkursgerichtes regelmässig demjenigen Amtsgerichte zugewiesen, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 64). Das Konkursgericht hat jedoch nicht die Aufgabe, das zur Masse gehörige Vermögen zu verwalten; vielmehr ist die Verwaltung dem Konkursverwalter, der die Aufgaben des gemeinrechtlichen „Kurators" und „Kontradiktors" zu erledigen hat, übertragen und diesem, wenn er auch vom Gerichte ernannt wird und unter dessen Aufsicht steht (§§ 70, 75, 76) eine selbständige Stelle eingeräumt worden. Ausserdem ist den Gläubigern, deren Befriedigung den Zweck des Kv. bildet, in weitgehender Weise eine Mitwirkung bei der Verwaltung zuerkannt und der K.-V. bezüglich wichtigerer Fragen an die Genehmigung der Organe der Gläubiger (Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung) gebunden worden (§§ 118, 120—122). Insbesondere steht den Gläubigern das Recht zu, unter bestimmten Voraussetzungen einen Zwangsvergleich mit dem Gemeinschuldner zu schliessen und dadurch die Aufhebung des Kv. herbeizuführen (§§ 120—187) oder durch Zustimmung zu einem aussergerichtlichen Vergleiche die Einstellung zu veranlassen (§ 188).

[1]) Bezüglich der Geschichte vgl. Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 91, 92 u. 517 ff.; L. Seuffert, Zur Geschichte u. Dogmatik d. deutschen Konkursrechts 1. Abt.

7) Die Feststellung der zur Teilnahme am Kv. berechtigenden Forderungen erfolgt in einem besondern Prüfungsverfahren (§§ 129 ff.). Die ihre Forderungen anmeldenden Gläubiger erhalten, wenn nicht der K.-V. oder ein K.-Gl. Widerspruch erhebt, durch Eintragung in eine besondere Tabelle das Recht zur Mitwirkung bei den Abstimmungen und zur Teilnahme bei den Verteilungen (§§ 87 und 133). Wird Widerspruch erhoben, so müssen die Forderungen im Wege des ordentlichen Prozesses festgestellt werden, wodurch aber der Fortgang des Kv. nicht aufgehalten wird (§ 134). Bezüglich der Verteilung gilt der Grundsatz, dass, sobald eine deren Vornahme ermöglichende Masse vorhanden ist, eine Abschlagsverteilung durch Gewährung von Teilzahlungen auf die teilnahmeberechtigten Forderungen zu erfolgen hat. Das ganze Verteilungsverfahren, bei welchem Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen vorgesehen sind, ist in zweckmässiger Weise geregelt (§§ 137—159).

III. Verhältnis der Konkursordnung zu andern Gesetzen. Übergangsbestimmungen.

Durch die K.-O. wurden alle landesgesetzlichen Vorschriften über „Konkurs-, Falliments-, Gant- oder Debitverfahren“ und über die zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienenden Verhandlungen sowie über das Konkursrecht beseitigt, soweit sie nicht unter die Bestimmung des § 5 E.-G. fallen oder in der K.-O. auf diese Vorschriften verwiesen bezw. bestimmt worden ist, dass sie nicht berührt werden. Auch sind die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten waren, ausdrücklich aufgehoben worden (E.-G. § 4). Dagegen sind die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze soweit in Kraft geblieben, als sie nicht durch das Einf.-Ges. (§ 3) ausdrücklich aufgehoben worden sind. Nach § 65 findet die C.-P.-O. auch auf das Kv. entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus der K.-O. Abweichungen ergeben. Aber auch das G.-V.-G. kommt in Ansehung des Kv. zur Anwendung. Bei der Leitung dieses Verfahrens handelt es sich um einen Akt der „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit“ im Sinne des § 2 E.-G. zum G.-V.-G., nicht um Ausübung einer „freiwilligen Gerichtsbarkeit“. Zu den „Prozessordnungen“, von welchen im G.-V.-G. (§§ 24, 161) gesprochen wird, gehört auch die K.-O. (Bem. 4 zu § 65).[1]) Hinsichtlich des Konkurses über das Vermögen eingetragener Genossenschaften sind die §§ 195—197 der K.-O. durch das Reichsges. vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, abgeändert worden. Endlich gelten besondere Vorschriften für das Kv. über das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche den für die Aktiengesellschaften geltenden besonderen Bestimmungen nachgebildet sind (vgl. Nachtr. zu §§ 193 ff.).

Was die Übergangsbestimmungen betrifft, so waren die am 1. Oktober 1879 bereits anhängigen Konkurse nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen (§ 8 E.-G.). Dagegen kommt bezüglich der später eröffneten Konkurse die K.-O. nicht bloss insoweit zur Anwendung, als es sich um das eigentliche Verfahren handelt, sondern auch insofern konkursrechtliche Bestimmungen in Frage stehen. Auch hinsichtlich solcher Rechtsverhältnisse, welche bereits vor dem Inkrafttreten der K.-O. begründet waren, sind deren Vorschriften in der Regel allein maassgebend. Nur in einzelnen Richtungen, nämlich soweit es sich um Anfechtung von Rechtshandlungen, um Aufrechnung und um Berücksichtigung älterer, nach der K.-O. nicht zur Absonderung berechtigender Pfand- und Vorzugsrechte handelt, wurde im E.-G. teils bestimmt, dass die K.-O. keine Anwendung finde, teils der Landesgesetzgebung die Befugnis vorbehalten, durch Gewährung eines Vorrechtes zu helfen (§§ 9—13 E.-G.).

[1]) Vgl. noch Fischer, Recht und Rechtsschutz (Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches 6. Heft) S. 12 und 15; Keller, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze S. 46.

Abkürzungen.

I. Gesetze und Materialien.

Anf.-G. = Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens v. 21. Juli 1879.
C. c. = Code civil.
C.-P.-O. = Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. 1877.
E. = Entwurf zur Konkursordnung für das Deutsche Reich.
E.-G. = Einführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung. 1877.
E. oder E. zur G.-Sch.-O. = Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuldordnung vom Jahre 1873.
G.-K.-G. = Gerichtskostengesetz für das Deutsche Reich. 1881.
Gen.-Ges. = Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889.
G.-V.-G. = Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 1877.
Gew.-O. = Gewerbeordnung für das Deutsche Reich.
H.-G.-B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
K. = Verhandlungen der Kommission des Reichstages über die Konkursordnung.
K.-O. = Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1877.
M. = Motive zum Entwurfe der Konkursordnung für das Deutsche Reich.
bayer. Pr.-O. = Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern vom Jahre 1869.
pr. K.-O. = Preussische Konkursordnung vom Jahre 1855.
pr. A. L.-R. = Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten.
St.-G.-B. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1871.
St.-P.-O. = Strafprozessordnung für das Deutsche Reich. 1877.
W.-O. = Allgemeine deutsche Wechselordnung.

II. Abhandlungen, Lehrbücher und Kommentare.

Althoff = Sammlung der in Elsass-Lothringen geltenden Gesetze. Bearbeitet und herausgegeben von Althoff u. s. w.
Aubry et Rau = Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de Zachariae par C. Aubry et C. Rau, professeurs de Code Napoléon à Strasbourg.
v. Bar = Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts von L. v. Bar. 2. Aufl. des Internationalen Privat- und Strafrechts. 1889.
Bayer = Konkurs-Prozess von Bayer.
Berner = Lehrbuch des deutschen Strafrechts von A. F. Berner, 15. Aufl. 1888.
Bedarride = Traité des faillites et banqueroutes par Bedarride, avocat à la cour royale d'Aix.
Boulay-Paty = Traité des faillites et banqueroutes par feu P. S. Boulay-Paty, conseiller à la cour d'Appel de Rennes entièrement refondu par J. M. Boileux.
Bunsen = Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermieters nach Reichs- und Mecklenburgischem Landesrecht von Fr. Bunsen. 1884.

v. Canstein = Lehrbuch des Wechselrechts von R. Frhr. v. Canstein. 1890.

Cosack = Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht von Konrad Cosack. 1884.

Demolombe = Cours de Code Napoléon par C. Demolombe.

Dernburg = Lehrbuch des Preussischen Privatrechts von Heinr. Dernburg. 4. Aufl.

Eccius = Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. Auf der Grundlage des Werkes von Franz Förster bearbeitet von M. C. Eccius. 5. Aufl.

Endemann = Das Deutsche Konkursverfahren, Systematisch dargestellt von W. Endemann. 1889.

Fitting = Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren von Herm. Fitting. 2. Aufl.

Frohwann = Die allgemeine Anfechtungsklage aus § 23[1] K.-O. von Dr. Max Frohwann. 1886.

Fuchs = Der Deutsche Konkursprozess von Dr. Karl Fuchs, Professor in Marburg. 1877.

Geyer = Grundriss zu Vorlesungen über gemeines Deutsches Strafrecht von Aug. Geyer. 1885.

Goltdammer = Kommentar zur Preuss. Konkursordnung von Goltdammer, k. Obertribunalsrat.

Grützmann = Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger von Paul Grützmann 1882.

Hälschner = Das gemeine deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt von H. Hälschner. 2 Bde. 1881 bis 1887.

Harburger = Über den Begriff »Anfechtbare Rechtshandlung« und die Anfechtung der Unterlassungen des Gemeinschuldners nach deutschem Konkursrechte von J. Harburger, Juristische Wochenschrift 1885 S. 383.

Hartmann = Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 von Bernh. Hartmann. 3. u. 4. Aufl.; letztere unter Benutzung des litterarischen Nachlasses des Verf. herausgegeben von L. Frankenburger. 1892.

Hartzfeld = Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen in Puchelts Zeitschr. Bd. 14 S. 481, 666.

Hellmann, Lehrbuch = Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechtes von Friedrich Hellmann. 1886.

v. Holtzendorff, Handb. = Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. 4 Bde. 1871—1876.

Hullmann = Die Konkurs-Ordnung nebst dem Einführungsgesetz. Erläutert von August Hullmann. 1879.

Jäckel = Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserhalb des Konkurses von Paul Jäckel. 2. Aufl. 1889.

Kleinfeller, Thatsacheneid = Die geschichtliche Entwicklung des Thatsacheneides in Deutschland von Georg Kleinfeller. 1891.

Koch = Die Preussische Konkursordnung, herausgegeben mit Kommentar von Dr. C. F. Koch.

Koeppen, Erbrecht = Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts von A. Koeppen, 1886.

Kohler = Lehrbuch des Konkursrechts von J. Kohler. 1891.

Korn = Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurs. Von L. Korn. 2. Aufl. 1885.

Krah = Der Konkurs-Verwalter nach der deutschen Reichs-Konkurs-Ordnung. Bearbeitet von Krah. 4. Aufl. 1885.

Kranichfeld = Anf.-Ges. v. 21. Juli 1879, erläutert von Wilhelm Kranichfeld. 1880.

Krasnopolski = Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht. In seinen Grundzügen und mit Berücksichtigung des deutschen Reichsrechtes dargestellt von H. Krasnopolski. 1889.

Laurent = Principes de droit civil par F. L. Laurent. 1878.

v. Liszt = Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von F. v. Liszt. 4. Aufl. 1891.

v. Mandry = Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Systematisch zusammengestellt und verarbeitet von Gust. v. Mandry. 3. Aufl. 1885.

Meisner = Die Deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, dem preussischen Ausführungsgesetz, sowie dem Reichs-Anf.-G. Mit Kommentar von J. Meisner.

Menzel = Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach Österreichischem Rechte von Adolf Menzel. 1886.

Merkel = Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von A. Merkel. 1889.

Meves = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich v. 10. Januar 1877, bearbeitet von Meves. 1881.

Meyer = Lehrbuch des deutschen Strafrechts von H. Meyer. 4. Aufl. 1888.

Neumeyer = Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerotts unter besonders eingehender Untersuchung der Schuldfrage von Karl Neumeyer. Gekrönte Preisschrift. 1891.

Oetker = Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung von Friedr. Oelker. 1883.

Oetker, Grundbegr. = Konkursrechtliche Grundbegriffe von Dr. Friedrich Oetker. Bd. I. 1891.

Olshausen = Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 3. Aufl. von Dr. Justus Olshausen. 2 Bde. 1890.

Otto = Die Anfechtung von Rechtshandlungen nach gemeinem sächsischem und deutschem Reichsrechte von Viktor Otto. 1881

Petersen u. v. Pechmann, Aktienges. = Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert durch J. Petersen und W. Frhr. v. Pechmann. 1890.

Planck, Lehrbuch = Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts von Jul. Wilh. Planck. 1887, 1891.

Rénouard = Traité des faillites et banqueroutes par A. Ch. Rénouard, conseiller à la cour de cassation.

Rocholl = Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Besprochen von C. Rocholl.

v. Sarwey = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Dr. v. Sarwey, k. Württembergischer Staatsrat. 2. Aufl. 1882.

Scherer, rhein. R. = Das Rheinische Recht und die Reichs- nnd Landesgesetzgebung (2. Aufl. 1889—1890) von M. Scherer.

Schmidt, Civilpr. = Handbuch des Civilprozesses von Schmidt.

v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation = Die Kompensation im Konkurse nach Österreichischem Rechte und mit Berücksichtigung konkursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs. Von Emil von Schrutka-Rechtenstamm. 1881.

Schultze = Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen von A. S. Schultze. 1880.

Schultze, Festgabe = Von den prozessualischen Zeitbestimmungen, insbesondere den Fristen, von Prof. Dr. Schultze. Festgabe zum Doctorjubiläum des Geh. Rates Prof. v. Planck. 1887.

Schweppe = System des Konkurses der Gläubiger von Schweppe.

Seuffert, Loth., Zur Gesch. u. Dogm. = Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts von Lothar Seuffert. 1. Abt.: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse. 1888.

Steinbach = Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, und über die Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung und des Exekutionsverfahrens. Von Emil Steinbach. 1884. 2. Aufl.

Stieglitz = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-Gesetz und dem württembergischen Ausführungs-Gesetz. Erläutert von W. Stieglitz. 1879.

v. Völderndorff = Die Konkursordnung nebst dem Einführungsgesetz und dem Anfechtungsgesetz Erläutert von Otto Frhr. v. Völderndorff. 3 Bde. 2. Aufl. 1885.

Wach, Handb. = Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts von Dr. Adolf Wach. Bd. I. 1885.

Weismann, Hauptinterv. = Hauptintervention und Streitgenossenschaft von Dr. J. Weismann. 1884.

Wengler = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, erläutert von F. A. Wengler, k. sächs Appellationsrat. 1879.

Wentzel und Klose = Die Preussische Konkursordnnng, erläutert von A. Wentzel, Appellationsgerichtspräsident und C. Klose, Kreisrichter.

Wernz = Kommentar zur Prozessordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern von J. Wernz, k. bayer. Oberappellationsgerichtsrat. 1871, 1872.

Willenbücher = Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze. Mit Erläuterungen von Willenbücher. 1885.

v. Wilmowski = Deutsche Reichskonkursordnung, erläutert von G. v. Wilmowski. 4. Aufl. 1889.

Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. Bernh. Windscheid. 3 Bde. 7. Aufl. 1891.

Zachariae-Dreyer = Handbuch des französischen Civilrechts von Carl Salomon Zachariae. 7. Aufl. Herausgegeben von Heinr. Dreyer. 1886. 4 Bde.

III. Entscheidungen und Zeitschriften.

Amtsrichterzeitschr. = Mittheilungen aus der gerichtlichen Praxis, Zeitschrift des rheinpreussischen Amtsrichtervereins.

bad. Ann. = Annalen der Badischen Gerichte.

Arch. f. c. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis.

Bl. f. R.-A. = Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.

Böhms Z. = Zeitschrift f. Internationales Privat- und Strafrecht. Herausgegeben von F. Böhm.

Bolze = Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze.

Busch, Arch. = Archiv für die Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch.

Buschs Z. = Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Begründet von H. Busch. Herausgegeben von M. Schultzenstein und F. Vierhaus.

Dalloz = Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence fondé par Dalloz ainé et A. Dalloz.

Entsch. d. pr. Obertrib. = Entscheid. des Preussischen Obertribunals. Herausgegeben von Mitgliedern dieses Gerichtshofs.

Entsch. d. R.-G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Die in Klammern stehende römische Ziffer bezeichnet den Senat.

Entsch. d. R.-G. i. Strafs. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes u. der Reichsanwaltschaft.

Entsch. d. R.-O.-H.-G. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

Goldschmidts Z. = Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht. Herausgegeben von L. Goldschmidt.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Herausgegeben von Rassow, Küntzel u. Eccius.

Grünhut = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Herausgegeben von Grünhut.

Hans. Gerichtsz. = Hanseatische Gerichtszeitung, bestehend aus einem Hauptblatt für handelsrechtliche Fälle und einem Beiblatt für civilrechtliche Fälle.

Hess. Entsch. = Entscheidungen d. Grossherzogl. Hessischen O.-L.-G. Darmstadt aus den Jahren 1879—1890, zusammengestellt von Walter.

Juristenzeit. = Wallmanns deutsche Juristenzeitung.

Jur. Woch. = Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins.

Jur. Z. f. E.-L. = Juristische Zeitschrift für Elsass-Lothringen.

Krit. V. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Litteraturzeit. = Deutsche Litteraturzeitung. Herausgegeben von A. Fresenius.

Meckl. Z. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.

Puchelts Z. = Zeitschrift für französisches Civilrecht. Herausgegeben von Heinsheimer.

R.-Anz. = Reichsanzeiger.

Rhein. Arch. = Archiv für Civil- und Kriminalrecht der preussischen Rheinprovinz.

Rechtspr. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

Sächs. Ann. = Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.

Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. Herausgegeben von St. Hoffmann u. F. Wulfert.

Samml. = Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses.

Schl.-Holst. Anz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.

Seuffert, Arch. = J. A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe. Herausgegeben von H. F. Schütt.

Sirey = Recueil général des lois et des arrêts. Fondé par J. B. Sirey.

Striethorst = Archiv für die Entscheidungen des Preussischen Obertribunals. Herausgegeben von Striethorst.

Thür. Bl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen.

Urt. u. Ann. = Urteile und Annalen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von H. Blum.

Wengler, Arch. N. F. = Archiv für civilrechtliche Entscheidungen. Neue Folge. Begründet von Wengler.

Wochenschr. f. Aktienr. = Wochenschrift für Aktienrecht u. Bankwesen, Steuer u. Stempelfragen. Herausgegeben von P. Holdheim.

Württ. Arch. = Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung.

Württ. Gerichtsbl. = Württembergisches Gerichtsblatt.

Württ. Jahrb. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege. Herausgegeben von den Mitgliedern des O.-L.-G. zu Stuttgart und des Vorstandes der Württembergischen Anwaltskammer.

Z. f. d. Not. = Zeitschrift für das Notariat. Herausgegeben von dem Verein für das Notariat in Rheinpreussen.

IV. Sonstige Abkürzungen.

A.-G. = Appellationsgericht.
bayer. ob. Landesg. = Oberstes Landesgericht für Bayern.
Einl. = Einleitung.
Erg.-Bd. = Ergänzungsband.
G.-G. = Gütergemeinschaft.
Gl.-A. = Gläubigerausschuss.
Gl.-V. = Gläubigerversammlung.
H.-S. = Hilfssenat.
K.-E. = Konkurseröffnung.
K.-Gl. = Konkursgläubiger.
Kv. = Konkursverfahren.
K.-V. = Konkursverwalter.
Ldg. = Landgericht.
O.-A.-G. = Oberappellationsgericht.
O.-L.-G. = Oberlandesgericht.
R.-G. = Reichsgericht.
Strafsen. = Strafsenat.
U. oder Urt. = Urteil.
Zw.-V. = Zwangsvergleich.

Wo es ohne weiteres ersichtlich ist, welche Entscheidungen oder Annalen u. s. w. gemeint sind, werden die betreffenden Sammlungen schlechtweg als Entscheid. oder Ann. citiert.

Zur Ergänzung dieses Verzeichnisses wird auf S. 546, 588, 651 verwiesen.

Erstes Buch.

Konkursrecht.

(§§ 1—63.)

Übersicht.

In dem ersten Buch, welches das materielle Konkursrecht enthält, werden die Einwirkungen der K.-E. auf die von dem Kv. betroffenen Rechtsverhältnisse festgestellt. Insbesondere wird bestimmt, welche Rechte die Gläubiger in Beziehung auf das Vermögen des Gemeinschuldners und auf die von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen erwerben, wie weit und in welcher Ordnung dieselben aus diesem Vermögen Befriedigung erlangen und in welches Rechtsverhältnis die Gläubiger infolge der K.-E. zum Gemeinschuldner und zu dritten Personen treten. In Titel 1 wird der Gegenstand und die Wirkung des Kv. im allgemeinen geregelt. Die Titel 2 und 3 enthalten die besonderen Vorschriften über die Wirkung dieses Verfahrens auf die Erfüllung der vom Gemeinschuldner vor der K.-E. vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen und über deren Anfechtung. Sodann wird in Titel 4 die Aussonderung der thatsächlich im Vermögen des Gemeinschuldners befindlichen, aber rechtlich diesem nicht gehörigen, Gegenstände geregelt. In den Titeln 5 bis 8 wird bestimmt, welche Ansprüche den verschiedenen Klassen von Gläubigern in Beziehung auf ihre Befriedigung zustehen, und zwar handelt Titel 5 vom Absonderungsrecht, Titel 6 von der Aufrechnung, Titel 7 von der Befriedigung der vorweg zu befriedigenden Massegläubiger, während Titel 8 die Verhältnisse der einfachen Konkursgläubiger regelt, welche nur im Kv. und zwar bei der Verteilung der Masse Befriedigung erlangen können.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 1—14.)

Vorbemerkungen.

In den §§ 1—14 werden lediglich allgemeine Bestimmungen getroffen, die sich auf den Gegenstand und die Wirkungen des Kv. beziehen. In § 1 wird der Umfang dieses Verfahrens bezeichnet, wodurch zugleich der Begriff der Konkursmasse genau bestimmt wird, in § 2 sodann der Zweck des Kv. festgestellt, woraus sich ergiebt, welche Personen als K.-Gl. anzusehen sind. Die §§ 3 und 4 enthalten allgemeine Vorschriften über die abgesonderte Befriedigung und die Stellung der ausländischen Gläubiger. Nachdem in § 5

der Satz aufgestellt worden ist, dass der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Kv. das Recht der Verfügung und Verwaltung bezüglich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens verliere und die Ausübung dieser Befugnisse dem K.-V. zustehe, werden in den §§ 6 und 7 hieraus die Folgerungen bezüglich der vom Gemeinschuldner nachträglich vorgenommenen Rechtshandlungen und der später an ihn erfolgten Leistungen gezogen, und in den §§ 8 bis 12 hinsichtlich der für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten und der Unstatthaftigkeit neuer Klagen und Zwangsvollstreckungen durch die K.-Gl. sowie neuer Sicherheitsbestellungen für sie Bestimmungen getroffen. Durch § 13 wird endlich der Einfluss des Kv. bezw. der Anmeldung einer Konkursforderung auf die Verjährung und durch § 14 die Auseinandersetzung mit solchen Personen geregelt, zu denen der Gemeinschuldner in einem Miteigentums-, Gesellschafts- oder sonstigen Gemeinschaftsverhältnis steht. Die pr. K.-O. enthielt am Schlusse der allgemeinen Bestimmungen Vorschriften über den Todesfall des Gemeinschuldners; namentlich hatte § 13 bestimmt, dass dieser Tod keine Unterbrechung des Kv. bewirke und der Fortgang desselben auch dadurch nicht gehemmt werde, dass der Erbe des Gemeinschuldners die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antrete, so lange der Erbe die Gläubiger nicht befriedige. Derartige Vorschriften wurden mit Recht für überflüssig gehalten. (M. S. 62.) Der Tod des Gemeinschuldners kann das Kv. deshalb nicht unterbrechen, weil durch dessen Eröffnung die Gläubiger ein Recht auf gemeinschaftliche Befriedigung — nicht ein Recht „auf die Masse“, wie in den Mot. ungenau gesagt wird — erlangt haben. Aus diesem Grunde können auch die Vermögensverhältnisse der Erben auf die Befriedigung der K.-Gl. aus der Masse keinen Einfluss ausüben und wird der Fortgang des Kv. dadurch nicht gehemmt, dass die Erbschaft ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird. Die letztere Thatsache hat nur die Folge, dass die K.-Gl. sich nach Beendigung des Kv., wenn ein Zwangsvergleich nicht zustande kam, an das Vermögen der Erben halten können.

§ 1.

Das Konkursverfahren umfasst das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse).

Der Niessbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Die im § 715 Nr. 5, 8 der Civilprozessordnung und im § 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.

(E. § 1; M. S. 18 ff.; K. S. 1 ff. u. 145 ff.; pr. K.-O. §§ 1 u. 93.)

Affektionswert S. 6.
Anwachsungsrecht S. 12.
Ausland S. 3.
Bedingte und betagte Forderungen S. 8.
Beneficium competentiae S. 14.
Beschränkungen d. Zwangsvollstreckung S. 7.
Ehescheidungsstrafen S. 4.
Erbschaften S. 10 ff.
Fideikommissgüter S. 5.
Firma S. 4.
Gehaltsforderung S. 9.
Grundstücke S. 3.
Handelsfrau S. 15.
Höchstpersönliche Rechte S. 4.
Jagdausübungsrecht S. 5.
Lebensversicherung S. 8.
Leibrente S. 10.
Lotteriegewinn S. 10.
Markenrecht S. 4.
Nutzniessungsrecht S. 5. 6. 13 ff.
Patent S. 5.
Pension S. 9.
Schenkung unter Ehegatten S. 6.
Schenkung von Todeswegen S. 12.
Stammgüter S. 5.
Transmittierte Erbschaft S. 11. 12.
Unterhaltsansprüche S. 7. 9. 14. 15.
Urheberrechte S. 4.
Vermächtnisse S. 10.
Vermögen S. 3.
Wiederholter Konkurs S. 12. 13.
Zeitpunkt der K.-E. S. 7 ff.

I. Der Begriff „Vermögen“.

1) Das Kv. erstreckt sich auf das gesamte, nicht ausdrücklich von demselben ausgenommene, Vermögen des Gemeinschuldners, aber auch nur auf das Vermögen desselben. Alle Gegenstände, welche überhaupt nicht als Bestandteile des Vermögens anzusehen sind, oder wenigstens nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören, sind von vornherein von der Konkursmasse ausgeschlossen. Ausserdem ist das Kv. auf dasjenige Vermögen beschränkt, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt und dem Gemeinschuldner bereits zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (V. Bem. II. und III.). Zur Konkursmasse gehört auch das ausserhalb des Bezirkes des Konkursgerichts, ja sogar das im Auslande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners. Dem Verwalter steht daher grundsätzlich das Recht zu, auch von den im Ausland befindlichen Vermögensbestandteilen Besitz zu ergreifen und über dieselben zu verfügen. Thatsächlich wird aber in der Regel die ausländische Gesetzgebung der Ausübung dieses Rechts Schwierigkeiten bereiten (vergl. Bem. I. und II. 3 zu den §§ 207, 208).[1]) Die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ist auch in Ansehung der Grundstücke nicht durch eine Besitzergreifung seitens des K.-V. bedingt. Vielmehr bilden alle zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörenden Grundstücke kraft Gesetzes einen Bestandteil dieser Masse.[2]) Andererseits werden Gegenstände, welche an sich nicht zur Konkursmasse gehören, auch nicht dadurch ein Bestandteil derselben, dass sie der Verwalter mit Beschlag belegt. Eine Veräusserung solcher Gegenstände durch den Gemeinschuldner rechtfertigt nicht die Anwendung von § 288 des St.-G.-B.[3]) Das Wort „Konkursverfahren“ ist übrigens im weiteren Sinne gebraucht. Auf die nach § 1 zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände finden nicht bloss die Vorschriften des zweiten Buchs, sondern auch die im ersten Buch enthaltenen Bestimmungen (das Konkursrecht i. e. S.) Anwendung.

2) Das Wort „Vermögen“ ist hier nicht in dem weiteren Sinne zu verstehen, in welchem zu demselben auch die Arbeitskraft des Gemeinschuldners, dessen Kredit u. s. w. gehört. Vielmehr wird darunter nur der Inbegriff der dem Gemeinschuldner gehörigen Sachen und Rechte verstanden. Ausserdem wird, damit diese letzteren als Bestandteil des Vermögens angesehen werden können, vorausgesetzt, dass sie überhaupt einen

[1]) Endemann S. 322; O.-L.-G. Colmar 21. Nov. 1888. Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 264. Vgl. dag. v. Völderndorff Bd. 1 S. 69 Nr. III. A. M.: v. Bar Bd. 2 S. 563.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 9. Mai 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 49 ff.

[3]) R.-G. (II. Strafs.) 1. April 1890, Entsch. in Strafs. Bd. 19 S. 85. Jur. Woch. S. 188 Nr. 11.

Wert haben, und dass dieser den Gläubigern zugewendet werden kann. Es sind hienach von der Konkursmasse ausgeschlossen die Rechte, welche einen ausschliesslich persönlichen oder familienrechtlichen Charakter haben, wie das Recht der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, soweit sich dasselbe auf die Personen der Kinder bezw. der Ehefrau bezieht. Ausserdem fallen diejenigen Rechte nicht in die Konkursmasse, welche streng an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind, deren zwangsweise Veräusserung sonach unstatthaft ist. Zu den rein persönlichen Rechten gehören: usus und habitatio, Leibzuchtsrechte, auf persönlichen Gründen beruhende Retraktsrechte, das Recht der Ehefrau auf Gütertrennung; [1]) ferner vermögensrechtliche Ansprüche höchstpersönlicher Natur wie actiones vindictam spirantes, das nach Landesrecht zu beurteilende Recht, die Zuerkennung von Ehescheidungsstrafen zu fordern, sowie das Recht auf Anfechtung letztwilliger Verfügungen mit querela inofficiosi testamenti. Ist der Anspruch auf die Ehescheidungsstrafen dem Gemeinschuldner schon vor der K.-E. rechtskräftig zuerkannt worden, so bildet er einen Bestandteil der Konkursmasse, weil die rechtskräftig festgestellte Forderung für die Zukunft ihren Grund im Urteil hat, sonach auf jeden Dritten übertragen werden kann.[2]) Zu den höchstpersönlichen Rechten gehören nicht andere Ansprüche auf Anfechtung von Verträgen, Testamenten u. s. w. Deshalb kann der K.-V. eine dem Gemeinschuldner in dieser Richtung zustehende Klage, z. B. eine solche auf Anfechtung eines Erbschaftskaufs, anstellen.[3]) Zum Vermögen gehören auch nicht der menschliche Körper und einzelne Teile desselben, selbst wenn sie künstlich eingefügt sind (künstliche Gliedmassen, falsche Augen, Zähne und Haare). Jedoch gilt dies bloss, soweit die Grenzen des Bedürfnisses eingehalten wurden, nicht soweit ein Luxus vorliegt.[4]) Die Firma als der kaufmännische Name ist ebensowenig Bestandteil des Vermögens wie der bürgerliche Name.[5]) Anders liegt die Sache bei dem Markenrecht, dessen Existenz von der Firma unabhängig ist. (§ 5 Z. 2 Reichsges. v. 30. Nov. 1874.)[6]) Dagegen ist es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gestattet, ein schriftstellerisches Erzeugnis oder ein Werk der bildenden Kunst gegen den Willen des Urhebers zu veröffentlichen bezw. auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zu veräussern. Das Recht, ein Schriftwerk auf mechanischem Wege zu vervielfältigen (Urheberrecht), das nach § 1 des Reichsges. vom 11. Juni 1870 dem Urheber ausschliesslich zusteht, hat zwar in der Regel einen Geldwert und kann auch (nach § 3 des angef. Ges.) durch Vertrag oder Verfügung von Todes wegen auf andere übertragen werden. Aber die vermögensrechtliche Bedeutung dieses Rechtes ist doch eine untergeordnete und muss neben dem eigentlichen Zweck der schriftstellerischen Thätigkeit zurücktreten. Darüber, ob ein solches Werk überhaupt in der Form, in der es vorliegt, veröffentlicht werden und zu welcher Zeit die Veröffentlichung erfolgen soll, hat der Urheber selbst zu entscheiden und dieses Recht kann gegen seinen Willen nicht von seiner Person getrennt werden. Deshalb ist es nicht gestattet, das Urheberrecht auf dem Wege der Zwangsvollstreckung zu veräussern und ist auch der Verwalter nicht berechtigt, dasselbe durch Abschluss eines Vertrags mit einem Verleger für die Masse zu verwerten; ja er ist nicht einmal berechtigt, gegen den Willen des Autors eine neue Auflage zu veranlassen.[7]) Nur wenn unzweifelhaft feststeht, dass das Schrift-

[1]) Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8. S. 167.

[2]) Vgl. hiezu Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 738, 739.

[3]) R.-G. (II.) 23. Jan. 1887, rhein. Arch. Bd. 77. III. S. 153.

[4]) v. Völderndorff Bd. 1. S. 55.

[5]) R.-G. (I.) 4. April 1883, Entsch. Bd. 9 S. 104; Meves S. 13.

[6]) Meves S. 14. A. M. Willenbücher S. 5 lit. f.

[7]) V. hiezu: Oskar Wächter, Autorrecht, § 16 S. 112 ff.; Endemann, Ges. über das Urheberrecht S. 14 ff.; Dambach, Komm. zu diesem Ges. S. 36 ff.; Klostermann, Das geistige Eigentum Bd. 1. S. 315 ff.; insbesondere S. 321 und 333; Klostermann, Urheberrecht S. 26, der jedoch a. M. ist bezüglich der Veranstaltung neuer Auflagen; Dernburg Bd. 2. § 310; Eccius Bd. 2 § 134; Endemann § 55 S. 329 ff.; Fitting § 13 Anm. 18; v. Sarwey S. 4; Stieg-

werk nach der Ansicht des Urhebers zur Veröffentlichung reif und zu derselben bestimmt ist, z. B. wenn der Gemeinschuldner dasselbe bereits einem Verleger angeboten oder die Veranstaltung einer neuen Auflage beschlossen hat, ist auch der Verwalter zum Abschluss eines Verlagsvertrags berechtigt. Es handelt sich dann lediglich um einen Vermögensbestandteil und der vor der K.-E. ausgesprochene Wille des Autors hat dieselbe Kraft, wie dessen später erteilte ausdrückliche Zustimmung. Dass die aus einem vom Urheber bezüglich der Veröffentlichung abgeschlossenen Vertrag hervorgehenden Vermögensrechte in die Konkursmasse fallen, versteht sich ebenso von selbst wie das Recht des K.-V., bereits erworbene Entschädigungsansprüche wegen Verletzung des Urheberrechtes oder der Nachbildung eines Kunstwerkes u. s. w. für die Masse geltend zu machen. Die Ansicht, dass der letztere eine Forderung aus dem Verlagsvertrag auch dann nicht geltend machen könne, wenn das Schriftwerk bereits abgeschlossen vorliege, kann nicht für zutreffend erachtet werden, denn in einem solchen Falle handelt es sich nicht mehr um ein höchstpersönliches Recht.[1]) Für die Erben ist das Urheberrecht nur Vermögensrecht, denn die Erben sind als solche nicht Urheber.[2]) Nicht anders als bei dem Urheberrecht an Schriftwerken, musikalischen Werken u. s. w. liegt die Sache rechtlich bei dem Urheberrecht an Mustern und Modellen und bei den Ansprüchen auf Erteilung eines Patents. Es handelt sich auch hier nicht um Rechte, welche lediglich eine vermögensrechtliche Bedeutung haben, sondern um Ansprüche, über deren Verwertung der Urheber bezw. Erfinder zu entscheiden hat.[3]) Das erworbene Patent ist dagegen ein Bestandteil des Vermögens, dessen Verwertung dem K.-V. zusteht.[4]) Dasselbe gilt von einem dem Gemeinschuldner zustehenden Recht der Jagdausübung, das einen Bestandteil von dessen Vermögen bildet und, soweit nicht die Landesgesetze oder die Bestimmungen des Jagdpachtvertrages entgegenstehen, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung auf einen Dritten übertragen werden kann.[5])

3) Dass Gegenstände, welche sich lediglich im Besitze des Gemeinschuldners befinden, auf die er aber keinen rechtlichen Anspruch hat, nicht zur Konkursmasse gezogen werden können, ist durch die Vorschriften über das Aussonderungsrecht (§§ 35 ff.) ausdrücklich anerkannt. Daran wird auch durch die von dem Verwalter vollzogene Beschlagnahme nichts geändert. (Bem. I. 1.) Auch die Ehefrau des Gemeinschuldners, welche nur bezüglich des Beweises (nach § 37) strenger behandelt wird als andere Personen, hat ein solches Aussonderungsrecht. Fideikommissgüter, Stammgüter etc., bezüglich deren dem Gemeinschuldner das Recht der Veräusserung nicht zusteht, gehören nach allgemeinen Grundsätzen der Substanz nach nicht zur Konkursmasse. Vielmehr kann sich der K.-V. nur an die Erträgnisse aus den betreffenden Gütern halten. Durch § 5 Z. 1 E.-G. wurden die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse betreffen, ausdrücklich aufrechterhalten. In § 45 K.-O. wurde bestimmt, dass die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger aus dem Lehen, Stammgut oder Fideikommiss abgesondert nach den Vorschriften der Landesgesetze erfolgt. (V. Bem. zu diesen §§.)

Dingliche Rechte an einer fremden Sache können, sofern sie nicht (wie usus und habitatio) auch der Ausübung nach an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind, so-

litz S. 3; v. Völderndorff Bd. 1 S. 58 ff.; Willenbücher S. 5 u. 6; v. Wilmowski S. 41, 42. Auch in Frankreich wird die Zulässigkeit der Zwangsveräusserung des Urheberrechtes verneint. V. Rénouard, des droits d'auteurs Nr. 205—207 Bd. II S. 348 ff.; Gastambide Contrefaçon Nr. 122 S. 148 ff.; Rep. gen. zum Journal du Palais v_0. Propriété littéraire Nr. 187 ff. und Suppl. ib. Nr. 54.

[1]) A. M. Meisner S. 4 und 5 und Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 20 ff.

[2]) V. auch v. Völderndorff Bd. 1 S. 59 Anm. 21. A. M. Willenbücher S. 5 lit. g.

[3]) V. die Anm. 1 angef. Schriftsteller. A. M. v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.

[4]) V. die in Anm. 1 und 3 angef. Schriftst. und R.-G. (I. Strafs.) 9. Nov. 1882, Entsch. in Strafs. Bd. 7 S. 400.

[5]) Vgl. O.-L.-G. Colmar 24. März 1882 Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 134, Buschs Z. Bd. 7 S. 117; ferner bad. Ann. Bd. 54 S. 326 und Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 656.

weit es sich um diese Ausübung handelt, veräussert werden. Die dem Gemeinschuldner zustehenden Nutzniessungsrechte fallen daher insoweit in die Konkursmasse. Es bilden hienach nicht bloss die Erträgnisse aus den der Nutzniessung unterworfenen Gütern einen Bestandteil der Masse, sondern es kann auch das Recht der Ausübung des Nutzniessungsrechts für deren Rechnung veräussert werden. Das einer offenen Handelsgesellschaft zustehende Niessbrauchsrecht besteht fort bis zur Beendigung des Kv. und bildet einen Bestandteil der Masse.[1]) Bezüglich des dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes am Vermögen seiner Ehefrau oder Kinder zustehenden Niessbrauchs v. Bem. IV. Die wegen Verbotes der Eheschenkung von Anfang an nichtige Schenkung kann der K.-V., ohne dass er an die in § 25 vorgesehene Frist gebunden ist, zurückfordern; auch der Anspruch auf Löschung einer der Ehefrau geschenkten Hypothek gehört zur Konkursmasse.[2])

II. Vermögen, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt.

1) Das Kv. ist zwar nicht als eine besondere Form der Zwangsvollstreckung anzusehen, (vgl. Bem. I. zu § 5). Dasselbe wurde aber doch auf das „einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners" beschränkt (Bem. I. 2). Es handelt sich hiebei immerhin um eine Befriedigung der K.-Gl. Auch treffen die Gründe, welche dafür sprechen, gewisse Gegenstände dem Zugriff einzelner Gläubiger zu entziehen, dann gleichfalls zu, wenn durch die Versilberung der vorhandenen Vermögensstücke allen K.-Gl. eine verhältnismässige Befriedigung verschafft werden soll. Während bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Landesgesetze massgebend sind (§ 757 C.-P.-O.), bezeichnet § 715 C.-P.-O. die beweglichen Sachen und § 749 die Forderungen und andern Vermögensrechte, welche nicht gepfändet werden dürfen. Die in diesen §§ angegebenen Gegenstände sind im allgemeinen von der Konkursmasse ausgeschlossen. Die in den Ziff. 5 und 8 des § 715 und in § 20 des Reichs-Post-Gesetzes enthaltenen Beschränkungen, welche darin ihren Grund haben, dass der Schuldner am Fortbetriebe seines Geschäfts nicht gehindert sein soll, kommen jedoch nach Abs. 3 des § 1 im Kv. nicht zur Anwendung.

2) Durch die Vorschriften der §§ 715 und 749 C.-P.-O. werden alle andern Bestimmungen beseitigt, welche das Kv. bezw. die Konkursmasse in weitergehender Weise beschränken. Auch Gegenstände, welche für den Gemeinschuldner nur sogen. Affektionswert haben, welche er sonach nicht mit Rücksicht auf ihren Verkaufswert besitzt, wie Briefe, Stammbücher, Sammlungen von Münzen, Briefmarken u. s. w., hat der K.-V. im Interesse der Gläubiger zu verwerten, wenn durch die Veräusserung derselben ein Erlös zu erzielen ist. Auf die subjektive Auffassung, welche den Gemeinschuldner bestimmte, solche Gegenstände zu erwerben und zu behalten, kommt es nicht an. Sonst könnte man auch wertvolle alte Bücher, Waffen und Schmuckgegenstände der Veräusserung entziehen.[3]) Wenn dagegen die Gegenstände vollständig wertlos sind oder doch nur einen ganz geringen Wert haben, welcher die Veräusserung nicht als lohnend, die Gegenstände als „nicht verwertbar" erscheinen lässt, so kann der K.-V., vorbehaltlich der Beschlussfassung der Gläubiger, von der Veräusserung absehen (§ 150).[4]) Schriftstücke, welche (wie Stammbäume, Testamente, Adelsdiplome) als Beweismittel in Betracht kommen und in dieser Beziehung für den Gemeinschuldner von Wert sind, darf der K.-V. überhaupt nicht veräussern.[5]) Die Frage, ob Zuwendungen, welche dem Gemeinschuldner von Dritten gemacht wurden, der Zwangsvoll-

1) R.-G. (II.) 28. April 1886, Entsch. Bd. 16 S. 1.

2) R.-G. (VI.) 21. Febr. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 1582.

3) V. insbes. Endemann S. 320; Fitting § 13 S. 124; v. Sarwey S. 5. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 56 ff.

4) Fitting a. a. O.; v. Wilmowski § 1 Nr. II. lit. e S. 42.

5) Willenbücher S. 4 Nr. 1 A.

streckung bezw. der Konkursmasse durch eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung entzogen werden können, ist nach § 749 Z. 3 C.-P.-O. zu beurteilen. In den Mot. zu dieser Vorschrift wurde (S. 574) bemerkt: „Inwieweit Bestimmungen Dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können, wird lediglich davon abhängen, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein Dritter ausser dem Schuldner ableiten kann." Nach dem preuss. A. L.-R. (T. I. Tit. 4 § 15 und T. II. Tit. 2 § 424, 426) ist es, wie auch das R.-G. anerkannt hat, zulässig, dass der Erblasser den Zugriff der Gläubiger des Erben auf das ererbte Vermögen dadurch hindert, dass er den Erben in der Verfügung über dieses Vermögen beschränkt. Dies geschieht durch die sogen. Enterbung in guter Absicht unter Belassung des Niessbrauchs mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass er nur zum Unterhalt des Erben und seiner Familie verwendet werden darf. Die Gläubiger werden auf diese Weise vom Zugriff nicht unmittelbar, sondern mittelbar infolge des beschränkten Erwerbs seitens des Erben ausgeschlossen. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung hat nicht in prozessrechtlichen Bestimmungen, sondern in Vorschriften des Erbrechtes ihren Grund. Deshalb steht § 14 des E.-G. zur C.-P.-O. und § 4 des E.-G. zur K.-O. nicht im Wege.[1]) Einen hierher gehörigen Satz enthält auch Art. 1981 C. c. Die Ausnahmebestimmung, welche § 749 Abs. 4 zugunsten der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners bezw. des von ihnen zu beanspruchenden Unterhalts enthält, kommt der Konkursmasse nicht zugut. Vielmehr gehört zu dieser bloss dasjenige Vermögen, das in allgemeiner Weise der Zwangsvollstreckung unterliegt. Bezüglich des dem Zugriff der gewöhnlichen Gläubiger entzogenen Betrags von 1500 M. bleiben die besonderen Rechte der Ehefrau und der Kinder ungeachtet des Kv. in Kraft. Die Vorschriften der C.-P.-O. werden ergänzt durch das Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 (§ 7), das Reichsges. v. 2. Juni 1878 betr. Ehrenzulage f. d. Inhaber d. eisernen Kreuzes, das Ges. v. 20. April 1881 betr. Fürsorge f. d. Witwen u. Waisen d. Reichsbeamten (§§ 4 u. 17), das Krankenversicherungsges. v. 15. Juni 1883 (§ 56), die Reichsges. v. 7. April 1876 und 1. Juni 1884 über d. eingeschr. Hilfskassen (§ 10), die Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 (§ 68), v. 5. Mai 1886 (§ 73) u. v. 11. Juli 1887 (§ 38), die Reichsges. v. 15. März 1886 betr. Fürsorge f. Beamte etc. (§ 7), v. 3. Mai 1886 betr. d. Eisenbahnfahrbetriebsmittel, v. 17. Juni 1887 betr. Fürsorge f. d. Witwen u. Waisen von Angehörigen des Reichsheeres (§§ 5 u. 19), das Reichsges. v. 22. Juni 1889 betr. die Invaliditäts- u. Altersversicherung § 40. Bezüglich des unbeweglichen Vermögens sind die Landesgesetze massgebend. (§ 757 C.-P.-O. u. § 45 K.-O.)

III. Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.

1) Bezüglich der Frage: ob von den Wirkungen des Kv. nur das zur Zeit der K.-E. (§ 100) vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners oder auch dasjenige Vermögen betroffen wird, welches dieser während des Verfahrens erwirbt, hat sich die K.-O. für die erste, beschränkende Ansicht entschieden. (Vgl. M. S. 20 ff., K. S. 1—3 u. 145 ff.) Der neue

[1]) Bisher wurde meist angenommen, dass eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung das zugewendete Vermögen dem Angriff der Gläubiger entziehe. (Schweppe § 39; Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 270 S. 452 ff.) Doch wurde auch erkannt, dass Ansprüche wegen des Unterhalts von Kindern nur von diesen, nicht vom Vater selbst geltend gemacht werden können. (Seuffert, Arch. Bd. 3 S. 381.) Prozessrechtliche Vorschriften über die Frage (z. B. die des Art. 581 C. de pr. c.) sind durch die C.-P.-O. aufgehoben. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bleiben unberührt. Bezüglich des pr. A. L.-R. sind zu vergl.: Entsch. des R.-G. Bd. 1 S. 175; Bolze Bd. 2 Nr. 1258, Bd. 3 Nr. 927; Jur. Woch. 1886 S. 24. Für das gemeine Recht hat das R.-G. (I) am 4. Okt. 1884 die Unzulässigkeit solcher Einschränkungen ausgesprochen. (Bolze Bd. 1 Nr. 1368.) Für die Zulässigkeit: v. Sarwey S. 12; v. Wilmowski S. 42, 47; Willenbücher S. 8 u. 10 und die meisten Komm. z. C.-P.-O.; vgl. insbes. Struckmann-Koch § 749 C.-P.-O. Nr. 4. Dagegen: Hullmann § 1 Bem. 5; Hellmann Komm. Bd. 3 S. 116.

Erwerb des Gemeinschuldners ist hienach von der Konkursmasse ausgeschlossen und der Gemeinschuldner demgemäss in der Lage, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, z. B. in ein Gesellschaftsverhältnis einzutreten. Die Auseinandersetzung bestehender Gemeinschaftsverhältnisse ist in § 14 geregelt. Eine von der Ehefrau des Gemeinschuldners erhobene Gütertrennungsklage ist gegen diesen, nicht gegen den K.-V. zu richten. (Bem. II. 2 zu § 5.)

2) Ob die Zugehörigkeit zum Vermögen vor oder nach der K.-E. eintrat, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte. Soweit eine entgegengesetzte Vorschrift nicht besteht, sind folgende Grundsätze massgebend:

a. Der Erwerb, welcher auf einem bereits vor der K.-E. vorhandenen Rechtsgrunde beruht, ist auch dann zur Konkursmasse zu rechnen, wenn er erst nach der Eröffnung des Verfahrens verwirklicht worden ist, da der Anspruch auf diesen Erwerb schon vorher begründet war und einen Bestandteil des Vermögens bildete. Nur hierauf, nicht auf den Umstand kommt es an, ob dies früher oder später festgestellt worden ist. Insbesondere sind alle diejenigen Gegenstände zur Konkursmasse zu rechnen, zu deren Erwerb der Gemeinschuldner schon vor der K.-E. ohne Gegenleistung berechtigt war. Hienach fallen die dem Gemeinschuldner zur Zeit der K.-E. zustehenden Forderungen auch dann in die Masse, wenn sie betagt sind und der Zeitpunkt der Fälligkeit erst nach der K.-E. eintritt, denn diese Forderungen bilden vom Augenblick ihrer Begründung an einen Bestandteil des dem Gemeinschuldner gehörenden Vermögens. Ebenso sind bedingte Ansprüche des Gemeinschuldners, welche schon vor der K.-E. entstanden sind, auch dann zur Masse zu ziehen, wenn die Bedingung erst nachher eingetreten bezw. weggefallen ist. Handelt es sich um eine auflösende Bedingung, deren Nichteintritt erst nach der K.-E. festgestellt wurde, so verhält es sich ebenso, als ob der Anspruch von vornherein ein unbedingter gewesen wäre. In gleicher Weise hat, wenn das Bestehen des Anspruchs von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist, der nach der K.-E. erfolgte Eintritt dieser Bedingung die Wirkung, dass der bedingte Anspruch einem von vornherein unbedingten gleichsteht. Aus diesem Grunde fällt auch der dem Versicherten wegen Brandschadens zustehende Anspruch auf die Versicherungssumme in die Masse.[1])

b. Besondere Berücksichtigung verdient das Rechtsverhältnis, das sich aus dem Lebensversicherungsvertrag ergiebt. Ist in den Versicherungsbedingungen ein Dritter als Berechtigter bezeichnet, so fällt das Recht auf die Versicherungssumme, sofern diese Zuwendung rechtswirksam ist, nicht in die Konkursmasse, weil dasselbe dann überhaupt niemals dem Gemeinschuldner zustand.[2]) Im Gebiet des rhein. Rechts erwirbt der Dritte, zu dessen Gunsten ein Versicherungsvertrag geschlossen wurde, den Anspruch auf die Versicherungssumme unentziehbar erst durch Annahme oder durch den Tod des Versicherungsnehmers. Gerät letzterer in Konkurs, so kann der K.-V., wenn die Annahme durch den Dritten noch nicht erfolgt war, die aus dem Vertrag entsprungene Forderung veräussern.[3]) Ist in den Versicherungsbedingungen vorgesehen, dass auf Antrag des Versicherten die Police auf den Inhaber zu überschreiben sei, so kann, falls der Versicherte in Konkurs gerät, der K.-V. diese Ueberschreibung herbeiführen und dadurch bewirken, dass im Falle des Todes des Gemeinschuldners die Versicherungssumme nicht dem Dritten gehört, sondern in die Konkursmasse fällt.[4]) Fehlt es an einer solchen Bezeichnung eines Dritten, oder ist dieselbe

[1]) R.-O.-H.-G. 5. April 1879, Entsch. Bd. 25. S. 40.

[2]) Vgl. Entsch. des pr. Obertrib. Bd. 51 S. 43, Bd. 71 S. 1, Bd. 72 S. 90; Entsch. des R.-G. Bd. 1 S. 188 und 380; Bd. 16 S. 127. Gruchot Bd. 28 S. 895; Entsch. des bayer. ob. Landesg. Samml. Bd. 9 S. 58, Bd. 11 S. 243; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 79; Regelsberger im Arch. f. civ. Pr. Bd. 67 S. 17; ferner die sehr eingehende, vorzügliche Abh. von Dreyer in Puchelts Z. Bd. 20, S. 332 ff. und 524 ff. bes. S. 340 ff. u. 542 ff.

[3]) O.-L.-G. Colmar 17. Okt. 1887, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 203. Vgl. auch Dreyer a. a. O. S. 353 ff. u. 358.

[4]) O.-L.-G. Köln 27. Okt. 1888 u. R.-G. (II) 8. März 1889, rhein. Arch. Bd. 79 I S. 124 u. Bd. 80 III S. 88: Puchelts Z. Bd. 20 S. 643.

nicht wirksam, so erwirbt der Versicherungsnehmer selbst den Anspruch und dieser bildet einen Bestandteil seines Nachlasses. Die Erben haben einen Anspruch auf die Versicherungssumme, soweit sich aus dem Versicherungsvertrag nicht etwas anderes ergiebt, nur in ihrer Eigenschaft als Erben. Wird über den Nachlass des Versicherungsnehmers das Kv. eröffnet, so gehört der Anspruch auf die Versicherungssumme zur Konkursmasse.[1]) Dasselbe gilt dann, wenn das Kv. bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers eröffnet worden, dieser aber während des Verfahrens verstorben ist. Der Rückversicherer hat in diesem Falle zur Konkursmasse des Rückversicherten die volle Rückversicherungssumme, nicht bloss die dem Erstversicherten zufallende Konkursdividende zu bezahlen.[2]) Der (bedingte) Anspruch war schon vor der K.-E. vorhanden. Die Bestimmung, nach welcher die Versicherungssumme innerhalb drei Monaten nach Eingang sämtlicher die Auszahlung begründenden Schriftstücke bei der Direktion auszuzahlen ist, enthält nicht eine Frist für die Fälligkeit, sondern nur eine solche für die Erfüllung der bereits mit dem Tod des Versicherungsnehmers fällig gewordenen Verbindlichkeit.[3])

c. Obige Grundsätze führen zu dem Ergebnis, dass auch Ansprüche des Gemeinschuldners auf den Bezug von Unterhalt oder einer Pension, sofern sie unwiderruflich feststehen und nicht von einer bestimmten Gegenleistung abhängen, zur Masse zu ziehen sind, soweit sie überhaupt einer Zwangsvollstreckung unterliegen (§ 749 C.-P.-O.). Ob dies in der Weise geschieht, dass nur die während der Dauer des Kv. fällig werdenden Beträge in die Masse fallen oder ob der Anspruch selbst für deren Rechnung veräussert werden darf, hängt davon ab, ob solche Ansprüche von der Person des Gemeinschuldners losgelöst werden können, oder ob bloss der Bezug der einzelnen Raten von dessen Rechtsinhabern in Anspruch genommen werden kann. Anders liegt die Sache in Beziehung auf Gehalte von Beamten oder andern Personen, welche für ihre Thätigkeit eine genau bestimmte, in festen Zeiträumen zu bezahlende, Vergütung erhalten. Derartige Forderungen bestehen überhaupt nur unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Thätigkeit erfolgt. Die Gegenleistung kann in der Regel nur verlangt werden, wenn die bedungene Leistung vorausgegangen ist, oder wird doch nur mit Rücksicht auf diese gewährt. Der Anspruch auf Bezahlung des Gehalts etc. ist hienach erst dann begründet, wenn eine bestimmte Zeit abgelaufen ist und während derselben den Ansprüchen, von deren Erfüllung die Zahlung abhängt, genügt wurde. Bisher wurde deshalb meist zwischen Pensionen und Gehalten unterschieden.[4]) Auch dürfen nach dem obigen Grundsatze solche Gehaltsforderungen ebenso wie Forderungen von Privatbediensteten nur insoweit zur Konkursmasse gezogen werden, als der Anspruch auf den Bezug bereits zur Zeit der K.-E. erworben war. In beiden Fällen handelt es sich nicht um eine durch die Anstellung verliehene Rente, sondern um eine Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Ein rechtlicher Unterschied besteht zwischen diesen Fällen nicht. Insbesondere kann man nicht sagen, dass der Beamte bezahlt werde, ob er arbeite oder nicht, während dies bei dem Privatbediensteten nicht der Fall sei. Auch letzterer verliert seinen Gehaltsanspruch nicht ohne weiteres dadurch, dass er faul ist. Wenn dieser entlassen werden darf, so ist gegen den Beamten ein Disciplinarverfahren möglich, das gleichfalls zur Entlassung führen kann. Der Fortbezug des Gehalts ist in beiden Fällen davon abhängig, dass die Person im Dienste bleibt. Die §§ 733 und 734 der C.-P.-O. haben in besonderen Erwägungen, nämlich darin ihren Grund, dass die vierteljährlich oder monatlich wiederholte Pfändung des Gehalts ver-

[1]) Striethorst Bd. 62 S. 337; Entsch. des R.-G. Bd. 11 S. 173, Bd. 16 S. 126; R.-G. (VI.) 18. Mai 1887, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 218 und Gruchot Bd. 31 S. 1119. A. M. Willenbücher S. 4. a. E. Bezüglich der französ. Rechtspr. v. noch Dreyer a. a. O. S. 342 ff. u. Arch. f. bürg. R. Bd. 4 S. 179 ff.

[2]) R. G. (I.) 15. Juni 1881, Entsch. Bd. 5 S. 115.

[3]) O.-L.-G. Rostock 29. Mai 1884, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 79.

[4]) Schmid. Civilpr. Bd. 3 S. 255; Obertrib. Stuttgart 10. Okt. 1862, württ. Arch. Bd. 6 S. 317 ff.; Boscher das. Bd. 10 S. 341 ff., insbes. S. 412 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 15 S. 452 u. Bd. 28 S. 230,

mieden und dem zuerst pfändenden Gläubiger sein Pfandrecht gewahrt werden sollte. Jene §§ sind daher für das Konkursrecht nicht massgebend.[1])

d) Hinsichtlich der über die Dauer des Kv. hinausreichenden Bezugsrechte vergl. § 156. Derjenige Erwerb, der zufolge des Besitzes einer zur Konkursmasse gehörigen Sache eintritt, gehört unter allen Umständen zu dieser Masse. Derselben fällt deshalb auch der Gewinn aus einem Lotterie- oder Prämienlos zu, das der Gemeinschuldner schon vor der K.-E. erworben hat. Bezüglich des einem Gemeinschuldner zustehenden Anspruchs auf eine Leibrente ist das Landesrecht massgebend. Während im gemeinen Recht die Ansicht herrscht, dass der Leibrentenanspruch ein einheitlicher sei,[2]) nimmt man gemäss Art. 1980 des C. c., nach welchem die Leibrente nur Tag für Tag, und wenn Vorausbezahlung vereinbart ist, vom Fälligkeitstermin an erworben wird, an, dass die als Entschädigung für eine körperliche Verletzung zugesprochene Leibrente nur bis zum Tage der K.-E in die Konkursmasse falle.[3])

3. Erbschaften und Vermächtnisse fallen dann nicht in die Konkursmasse, wenn der Erblasser nach der K.-E. gestorben ist. Starb derselbe vorher, so fallen Vermächtnisse für den Gemeinschuldner unter allen Umständen in die Masse, da hier zwischen Anfall und Erwerb nicht unterschieden wird, sondern im Augenblick des Todes des Erblassers das Vermächtnis für den Vermächtnisnehmer erworben ist. Dagegen entstehen Schwierigkeiten bezüglich der vor Beginn des Kv. eröffneten Erbschaften, da das bürgerliche Recht in dieser Beziehung verschiedenartige Vorschriften enthält. Unzweifelhaft fallen solche Erbschaften in die Konkursmasse, wenn die Gesetzgebung, wie das preuss. A. L.-R. (I. 9 §§ 367, 368) und das rhein. Recht (Art. 724 C. c.), von dem deutschrechtlichen Grundsatze ausgeht, dass die Erbschaft dem Erben von Rechts wegen zufalle, ohne dass es einer besonderen Erklärung derselben oder eines Erbschaftsantritts bedürfe. Auch kann in diesem Falle die Erbschaft der Masse nicht dadurch entzogen werden, dass der Erbe nach der K.-E. auf die Erbschaft oder auf das Vermächtnis verzichtet. Ein solcher Verzicht ist vielmehr nach den §§ 5 u. 6 als unwirksam anzusehen. Nur dem K.-V. steht das Recht zu, solche Erbschaften oder Vermächtnisse mit Zustimmung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung für die Masse aufzugeben. (§ 122 Z. 2.) Wenn der Verzicht vonseite des Gemeinschuldners schon vor der K.-E. erfolgte, kann jedoch auch in solchen Fällen der K.-V., sofern die Entsagung nicht von ihm mit Erfolg angefochten wird (§§ 22 ff.), einen Anspruch auf das betr. Vermögen nicht geltend machen. Anders liegt die Sache nach gemeinem Recht und nach den diesem folgenden Gesetzgebungen, da hier zwischen Anfall und Erwerb der Erbschaft unterschieden wird. Auch hier erwerben die sui heredes die ihnen angefallene Erbschaft sofort. Von den übrigen Erben wird aber die angefallene Erbschaft erst dadurch erworben, dass sie dieselbe antreten. Auch hier fallen die Erbschaften in die Konkursmasse, wenn der Erbschaftsantritt vor der K.-E. erfolgte. Andernfalls ist es dagegen zweifelhaft, ob das Recht des Erbschaftsantritts dem Erben oder dem K.-V. zusteht und ob, sofern die Antretung durch den Erben nach der K.-E. erfolgte, die Erbschaft in die Konkursmasse fällt, oder dem Erben verbleibt. Auf eine einheitliche Regelung dieser Frage wurde bei Aufstellung des Entwurfes verzichtet. (M. S. 21 und 22.) Auch die Reichstagskommission, in welcher die Ansicht ausgesprochen wurde, dass die angefallene Erbschaft einen Bestandteil des Vermögens des Erben bilde, lehnte es ab,

[1]) v. Sarwey S. 10; v. Wilmowski § 1 Nr. IV; Fitting S. 120; Willenbücher S. 8 u. 9; Eccius Bd. 1 S. 794; R.-G. (III.) 7. Nov. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 192. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 80; Hullmann S. 50; Stieglitz S. 16; Meisner S. 15; Mandry S. 101; Endemann § 55 III. B. S. 335.

[2]) Seuffert, Arch. Bd. 28 S. 230 und Bd. 40 S. 480; v. Sarwey S. 10; v. Völderndorff Bd. 1 S. 79, 80; Stieglitz S. 18. Eine Ausnahme macht das Rentenvermächtnis, das als eine Mehrheit von Vermächtnissen angesehen wird. V. Windscheid Bd. 3 S. 412.

[3]) O.-L.-G. Zweibrücken 9. Juli 1883, Puchelts Z. Bd. 15 S. 266 ff.

die in das Erbrecht einschlagenden Fragen in der K.-O. zu erledigen. Deshalb ist das bürgerliche Recht entscheidend.

Die Frage, ob im Falle des nach der K.-E. erfolgten Erbschaftsantritts durch den Gemeinschuldner die Erbschaft in die Konkursmasse gehört, wird auch nach gemeinem Recht zu bejahen sein. Ursprünglich stand wohl nach römischem Recht der Erbe, dem die Erbschaft angefallen, von dem sie aber noch nicht angetreten war, demjenigen gleich, dem eine Schenkung angeboten war, der sie aber noch nicht angenommen hatte. Diese Auffassung hat sich aber im Laufe der Zeit, wie die Bestimmungen über die Transmission der Erbschaft deutlich erkennen lassen, geändert. Soweit diese platzgreift, steht dem Erben, auch wenn er die Erbschaft noch nicht angetreten hat, ein Recht auf die Erbschaft zu, das auf seine Erben übergeht und sonach einen Bestandteil seines Vermögens bildet. Jedenfalls liegt der Rechtsgrund, zufolge dessen der Erwerb erfolgt, nicht in dem nach der K.-E. ausgesprochenen Willen des Erben, sondern im Gesetz oder im Willen des Erblassers. Der Erwerb ist gewissermassen von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Erbe die Erbschaft erwerben wolle und dies ausdrücklich erkläre. Der Eintritt der Bedingung muss aber hier wie in andern Fällen die Wirkung haben, dass der Erwerb vom Augenblick des Anfalls besteht. Er muss ebenso zurückwirken, als wenn der Antritt sofort nach erfolgtem Anfall geschehen wäre. Jedenfalls wird der die Erbschaft antretende Erbe vom Augenblick des Todes des Erblassers an als Erbe angesehen; der Erbschaftsantritt wirkt also ebenso, wie wenn der Anfall als bedingter Erbschaftserwerb aufgefasst wird. Das ganze Erbrecht ist von dem Grundsatz beherrscht, dass das Vermögen durch den Tod des Besitzers niemals herrenlos wird und dessen Verpflichtungen nicht erlöschen, vielmehr zwischen den Rechten und Verpflichtungen des Erblassers und denen des Erben eine Kontinuität stattfindet, welche im römischen Recht durch die Annahme der „hereditas jacens“ aufrecht erhalten wird.[1]) Dieser Grundsatz, der in allen übrigen Richtungen seinen Einfluss äussert, muss auch hier durchschlagen und zur Annahme führen, dass der Gemeinschuldner, der nach der K.-E. eine ihm früher angefallene Erbschaft antritt, dieselbe für die Konkursmasse erwirbt.[2]) Da auch der Vertragserbe erst durch den Antritt erwirbt (Entsch. des R.-G. Bd. 4 S. 172), entsteht für ihn die nämliche Frage wie bei den gewöhnlichen Erben.

Aus diesem Grundsatz folgt aber nicht, dass der K.-V., wenn der Erbe den Erbschaftsantritt unterlässt oder ausdrücklich auf den Erwerb verzichtet, berechtigt ist, die Erbschaft für die Masse zu erwerben.[3]) Wenn auch das Recht auf Verwirklichung des dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes oder zufolge des Willens des Erblassers zugefallenen Erwerbs einen Bestandteil von dessen Vermögen bildet, so ist doch dieser Erwerb an die

[1]) Savigny, System Bd. 2. § 102 S. 363 ff. und Bd. 3 § 120 S. 152; Sintenis Civilpr. Bd. 1 § 20 S. 165 (Anm. 10) und Bd. 3 S. 499; Windscheid § 531 Bd. 3 S. 13; Arndts § 521 S. 735 ff.; Köppen, Erbrecht S. 273.

[2]) Von diesem Gesichtspunkte aus hat auch das Tribunal in Celle (Tribunalsentsch. Bd. 6 Nr. 207 S. 374) am 12. Mai 1863 erkannt, dass eine vor der K.-E. angefallene und während des Kv. vom Gemeinschuldner angetretene Erbschaft in die Konkursmasse gehöre, weil zwar der Anfall noch nicht den wirklichen Erwerb vermittele, aber der Zeitpunkt der geschehenen Antretung auf den Zeitpunkt des Anfalls gesetzlich zurückgezogen werde. Boscher macht zwar a. a. O. geltend, es müsse der Zeitpunkt der Annahme entscheiden, da die Wirkungen der Rückziehung des Erbschaftserwerbs auf die Zeit des Todes des Erblassers nur das Verhältnis des Erben zu dem auf ihn übergegangenen Aktiv- und Passivvermögen ergreifen. Für eine derartige Unterscheidung fehlt aber jeglicher Grund. Vgl. Brachmann H. A., Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners S. 8, 9 u. 11; Hullmann § 1 Bem. 9 und Köppen a. a. O. A. M.: v. Sarwey S. 8; Wengler S. 60 u. 61; v. Völderndorff Bd. 1 S. 83; v. Wilmowski S. 44; Fitting S. 126; Stieglitz S. 18; Willenbücher S. 9 lit. c.

[3]) R.-G. (I.) 16. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 172 ff., bes. 174; Brachmann a. a. O. S. 9. Vergl. dag. R.-O.-H.-G. 23. Okt. 1874, Entsch. Bd. 14 S. 345.

Bedingung geknüpft, dass der Erbe auch wirklich Erbe werden wolle. Diese Bedingung kann aber, mangels besonderer Vorschriften, welche den Erwerb auch andern Personen, z. B. den präsumtiven Rechtsnachfolgern oder Gläubigern des Erben gestatten, nur vom Erben selbst erfüllt werden. Das Recht, über die Annahme der Erbschaft zu entscheiden, ist nach römischem Recht ein höchstpersönliches Recht des Erben und wenn er ablehnt, ist es selbst bei dem suus heres so anzusehen, als ob er niemals Erbe gewesen wäre. Die Unterlassung des Erbschaftsantritts kann hier nicht als eine nach § 5 K.-O. nichtige Verfügung des Erben über die Konkursmasse angesehen werden. Vielmehr fällt dadurch die Erbschaft den übrigen Erbberechtigten zu. Nur dann gehört sie zur Konkursmasse, wenn nachgewiesen wird, dass die Erbschaft in Wirklichkeit vom Gemeinschuldner angenommen wurde, aber zwischen den Erben ein betrügerisches Abkommen besteht, mittels dessen der Erbteil des Gemeinschuldners der Konkursmasse entzogen werden soll. Bezüglich der Frage, ob ein Verzicht des Erben auf die Erbschaft der Anfechtung unterliegt, v. Bem. I. 4 zu § 22.

Was dem Gemeinschuldner während des Kv. kraft Anwachsungsrechtes zufällt, erwirbt er auf Grund der frühern Berufung. Der Anwachsungsberechtigte ist auch hier so zu behandeln, als habe ihm das Anwachsende von Anfang an gehört, was sich auch sonst als praktisch erweist, indem den Erben des Anwachsungsberechtigten anwächst. Da die Anwachsung sogar gegen den Willen des Erben stattfindet, ist die Auffassung gerechtfertigt, das Anwachsende sei schon mit dem vorausgegangenen Erbschaftserwerb (bedingt) erworben. Das Anwachsende fällt also in die Masse, wenn die Erbschaft vor der K.-E. angefallen ist. Ebenso gehört die im Laufe des Kv. auf den Gemeinschuldner als Erben des Berufenen transmittierte Erbschaft zur Masse, wenn die Erbschaft, durch welche die Transmission begründet wird, diesen Weg gegangen ist. Voraussetzung für den Übergang ist, dass der durch Transmission Berufene auch Erbe des ursprünglich Berufenen geworden ist; das Recht auf Transmission wird also durch den Erwerb der Erbschaft wie ein Bestandteil derselben erworben. Bezüglich der transmissio ex jure patruo und ex capite infantiae entscheidet dagegen der Zeitpunkt des Erwerbs der transmittierten Erbschaft.

Das durch Schenkung von Todeswegen Erworbene fällt auch dann in die Masse, wenn das Nichtüberleben des Schenkgebers als aufschiebende Bedingung gewollt war und dieser während des Konkurses des Beschenkten stirbt. (V. Bem. III. 2.) Stirbt der Beschenkte während des Kv., so ist die Bedingung nicht eingetreten und die Masse erhält nichts. War die Bedingung als auflösende gewollt, und stirbt während des Konkurses des Beschenkten dieser vor dem Schenker, so entscheidet der Inhalt des Schenkungsvertrages darüber, ob ein Aussonderungsrecht, oder ob nur eine Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Im Konkurs über das Vermögen des Schenkers kommt § 56 Z. 4 zur Anwendung.

4) Da nach § 1 nur das zur Zeit der K.-E. vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners zur Masse gehört, die K.-Gl. sich also, solange das Kv. dauert, an diese zu halten haben (Bem. zu § 11), andererseits aber auch nur diejenigen Gläubiger an dem Kv. teilnehmen können, „welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben" (§ 2), so regeln sich die Ansprüche der frühern und spätern Gläubiger in einfacher Weise. Während die Konkursmasse lediglich zur Befriedigung der K.-Gl. dient (Bem. IV. zu § 2), haben bis zur Beendigung des Kv. die Gläubiger, deren Ansprüche erst nach der K.-E. entstanden sind, einen ausschliesslichen Anspruch auf dasjenige Vermögen, das der Gemeinschuldner nach derselben erworben hat, bezw. das ihm durch Erbschaft u. s. w. zugefallen und von der Konkursmasse ausgeschlossen ist. Sie können ihren Schuldner in der gesetzlich zulässigen Weise (v. jedoch § 11) zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten, und wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, eine neue K.-E. veranlassen. An dem zweiten Kv. nehmen dann bloss diejenigen Gläubiger teil, welche an dem frühern nicht schon mit denselben Forderungen

beteiligt und doch nach § 2 bezüglich der zweiten Konkursmasse als K.-Gl. anzusehen sind. Ebenso ist es zu halten, wenn es zu einem nochmaligen Kv. kommt. Ist das anhängige Kv. aufgehoben worden (§ 151 und 188 ff.), so behalten die K.-Gl. bezüglich desjenigen Teils ihrer Forderungen, für den sie nicht befriedigt wurden, falls sie nicht darauf verzichtet haben, oder durch Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) beschränkt sind, ihre Rechte als Gläubiger. Sollte es nach Aufhebung des ersten zu einem zweiten Kv. kommen, so würde also zwischen diesen und den spätern Gläubigern kein Unterschied bestehen; vielmehr würden alle als K.-Gl. anzusehen sein.

IV. Besondere Bestimmungen bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder. (Abs. 2 des §.)

1) Der dem Gemeinschuldner zustehende Niessbrauch fällt schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Ausübung nach in die Konkursmasse. (Bem. I. 3.) Bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs, der dem Gemeinschuldner am Vermögen seiner Ehefrau oder Kinder zusteht, gilt häufig der Satz, dass die K.-Gl. auf solche Nutzungen keinen Anspruch haben, diese vielmehr von der Konkursmasse ausgeschlossen sein sollen. Deshalb bestimmt die K.-O., die in dieser Beziehung einheitliches Recht schaffen will, dass auch ein derartiger Niessbrauch in die Konkursmasse fällt, und beseitigt dadurch die entgegenstehenden Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. In den Mot. (S. 22 und 23) wurde die Vorschrift damit gerechtfertigt, dass die Nutzungen Gegenstand der Zwangsvollstreckung seien und die Ausübung des Niessbrauchsrechtes von der Person des Gemeinschuldners getrennt werden könne.

Die Vorschrift des § kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Niessbrauch am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder ungeachtet des Kv. fortbesteht, die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, welche denselben mit der K.-E. erlöschen lassen, also in Kraft bleiben; dies ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes („welcher nach den Landesgesetzen zusteht") unzweifelhaft, wurde aber auch in den Mot. (S. 23) hervorgehoben und in der Reichstagskommission (S. 4 und 5) anerkannt.

2) Da das in Frage stehende Niessbrauchsrecht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört und dessen Verwaltung nach § 5 dem K.-V. zusteht, wird das Niessbrauchsrecht durch diesen ausgeübt, welcher die dem Niessbrauch unterworfenen Güter in Besitz zu nehmen und zu verwalten hat. Dies wurde auch in der Reichstagskommission als selbstverständlich bezeichnet (K. S. 5) und tritt nach der jetzigen Fassung schärfer als nach der des Entwurfs hervor. Der Gemeinschuldner muss sich wegen des von ihm zu beanspruchenden Unterhaltes an den K.-V. wenden und darf sich hienach nicht selbst die Nutzungen aneignen. Zu Zweifeln giebt die Frage Veranlassung, ob bloss diejenigen Nutzungen in die Masse fallen, welche während des Kv. bezogen werden können oder ob die Ausübung des Niessbrauchs für die ganze Dauer des letzteren zugunsten der Konkursmasse veräussert werden kann. Für die zweite Auffassung spricht an sich die Natur der Sache, da der Niessbrauch ein dingliches Recht an einer fremden Sache ist, das als solches einen selbständigen Vermögenswert hat und dessen Veräusserung, soweit sie überhaupt gestattet ist, an sich auch dem K.-V. zustehen muss. Der Vorschrift des § liegt aber eine andere Auffassung zu Grunde. In § 93 der pr. K.-O. war ausdrücklich gesagt: „Das dem Niessbrauch des Gemeinschuldners unterworfene Vermögen seiner Ehefrau wird, solange das Niessbrauchsrecht des Gemeinschuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der Konkursmasse verwaltet; die Nutzungen fliessen zur Konkursmasse, soweit sie nicht zum standesgemässen Unterhalt der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der letztern verwendet werden müssen." Auch galt es hienach als unzweifelhaft, dass die Nutzungen aus dem Vermögen der Ehefrau nur während der Dauer des Kv. in die Konkursmasse fliessen. [1])

[1]) Goltdammer, pr. K.-O. § 93 S. 240 ff.; Wenzel und Klose ib. S. 204 ff.; Hahn ib. S. 59 Anm. 63.

In den Mot. (S. 23) wurde die pr. K.-O. ausdrücklich als Quelle für Abs. 2 bezeichnet und bemerkt: „Der Entwurf schlägt ein Gleiches vor für alle Arten eines gesetzlichen Niessbrauchs des Gemeinschuldners." Da diese Absicht im Gesetz selbst einen, wenn auch nicht ganz deutlichen, Ausdruck gefunden hat („während der Dauer des Verfahrens"), so ist Abs. 2 des § in derselben Weise, wie § 93 der pr. K.-O. auszulegen. Bei Aufstellung des Entw. stand man einer verschiedenartigen Auffassung gegenüber und ging anscheinend von der Ansicht aus, dass das am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder bestehende Niessbrauchsrecht nicht zur Konkursmasse gehöre. Die während des Kv. fällig werdenden Erträgnisse sollten aber der Masse zugewiesen werden.[1]) Nach dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatz ist Abs. 2 nicht anwendbar auf Sachen, welche die Ehefrau erst nach der K.-E. erworben hat.[2])

3) Nach Abs. 2 Satz 2 des § steht dem Gemeinschuldner bezüglich dieses Bestandteils der Masse ein beneficium competentiae zu in Gestalt eines vom Belieben der Gläubiger und des K.-V. unabhängigen Rechtes auf die zu seinem, seiner Ehefrau und seiner Kinder angemessenen Unterhalt erforderlichen Mittel. (M. S. 23, 24.) Diese Mittel hat der K.-V. zu gewähren, der auch in erster Linie zu bestimmen hat, welche Summe zur Bestreitung eines angemessenen Unterhaltes erforderlich ist. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Nutzungen bloss insoweit in die Masse fallen, als sie für den Unterhalt nicht erforderlich sind. Vielmehr bilden dieselben einen Bestandteil der Masse und sind demnach dem Verwaltungsrecht des K.-V. unterworfen. Dieser hat, wie allgemein anerkannt wird, die Zinsen, Mietzinsen u. s. w. einzuziehen, die Früchte zu ernten und aus den eingegangenen Geldern die Mittel zum Unterhalt zu gewähren. Kommt bezüglich der Höhe des zu gewährenden Betrages eine Übereinkunft zwischen dem Gemeinschuldner und dem K.-V. nicht zustande, so kann der erstere, der ungeachtet der K.-E. handlungsfähig ist (Bem. II. 2 zu § 5), auf Grund des ihm persönlich zustehenden Anspruchs gegen den K.-V., dem die Verpflichtung zur Gewährung der Mittel obliegt, Klage erheben.[3]) Dem Gemeinschuldner steht auf Gewährung dieses Unterhaltes, der sich wesentlich von demjenigen unterscheidet, welcher nach den §§ 118 und 120 gewährt werden kann, ein Rechtsanspruch zu. Dieser Anspruch ist auf Befriedigung aus der Masse gerichtet und deshalb als Masseschuld zu behandeln, obgleich er unter keine der in § 52 enthaltenen Vorschriften passt und auch § 53 auf ihn deshalb nicht zutrifft, weil er auf Befriedigung aus einem gewissen Teil der Masse („den Nutzungen") gerichtet ist. Die Verpflichtung der Masse ergiebt sich eben aus § 1 Abs. 2. Von den unterhaltsberechtigten Angehörigen des Gemeinschuldners kann ein Anspruch dem K.-V. gegenüber nicht direkt geltend gemacht werden.[4]) Um einen Absonderungsanspruch, wie v. Sarwey annimmt, handelt es sich hier nicht. Für die Höhe der zu gewährenden Bezüge sind, da ein „angemessener", nicht ein „notdürftiger" Unterhalt gewährt werden soll, zunächst die Lebensverhältnisse des Gemeinschuldners massgebend. Reichen die Nutzungen nicht einmal zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes, so kommen neben § 1 Abs. 2 die §§ 118 und 121 zur Anwendung. Andernteils findet aber § 1 Abs. 2 nur insoweit Anwendung, als die aus den Nutzungen zu gewährenden Mittel zu einem angemessenen Unterhalt erforderlich sind. Sofern der Gemeinschuldner aus anderen, nicht in die Masse fliessenden Quellen Unterhalt bezieht, weil z. B. die Allodial- oder Fideikommissgläubiger den Unterhalt gewähren müssen, werden hienach die Nutzungen der Masse in geringerem Umfange oder gar nicht entzogen.[5])

[1]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 85, 91 ff.; v. Wilmowski S. 45, 46; Willenbücher S. 9; Fitting S. 118; Meves S. 18; v. Mandry S. 101. A. M. v. Sarwey S. 15; Stieglitz S. 25; Meisner S. 22.

[2]) R.-G. (III.) 16. Okt. 1885, Entsch. Bd. 15 S. 8.

[3]) v. Sarwey S. 16; v. Wilmowski S. 47; Stieglitz S. 24; Willenbücher S. 10 Nr. 10; Fitting § 13 Anm. 7; Meisner S. 19. A. M. ist v. Völderndorff Bd. 1 S. 94, der die Entscheidung über die Höhe den K.-Gl. überlassen will.

[4]) O.-L.-G. Dresden 8. März 1887, sächs. Ann. Bd. 8 S. 469 ff., bes. 473.

[5]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 95, 96.

Damit § 1 Abs. 2 zur Anwendung kommt, wird bloss vorausgesetzt, dass die Nutzungen zum angemessenen Unterhalt des Gemeinschuldners bezw. seiner Ehefrau oder Kinder erforderlich sind. Ob die letzteren Personen an sich ein Recht auf die Nutzungen aus dem in Frage stehenden Vermögen haben, ist nicht entscheidend. Wenn der Niessbrauch am Vermögen eines Kindes erster Ehe in Frage steht, ist demnach daraus auch der Unterhalt der zweiten Ehefrau und der Kinder zweiter Ehe sowie der etwa vorhandenen unterhaltsbedürftigen Eltern zu bestreiten. Beruht der Niessbrauch des Ehemanns am Vermögen der Ehefran nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf dem Gesetze, dem sich die Ehegatten durch Ehevertrag unterworfen haben, so kommt die Vorschrift des § 1 Abs. 2 dessenungeachtet zur Anwendung. Ein solcher Niesbrauch hat immerhin in dem Gesetze seinen Grund. Dagegen kann diese Vorschrift nicht auch Anwendung finden, wenn der Niessbrauch gar nicht auf dem Gesetze, sondern nur auf einer vertragsmässigen oder letztwilligen Verfügung beruht, welche mit dem ehelichen Güterrecht in keinem Zusammenhang steht. Hat z. B. die Ehefrau durch Ehevertrag oder Testament bestimmt, dass nach ihrem Tode dem Ehemanne die Nutzniessung an einem Teile des Vermögens zustehen solle, das dem Eigentum nach ihren Kindern oder sonstigen Verwandten zufällt, so hat der Gemeinschuldner, wenn er nach dem Tode der Ehefrau in Konkurs gerät, keinen Anspruch auf eine Zuwendung, wie sie § 1 Abs. 2 bewilligt, und ebensowenig steht ein solcher Anspruch den Kindern zu. Die Verwendung der Nutzungen ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Nur wenn dem Ehemann die Verpflichtung auferlegt worden sein sollte, aus den Nutzungen den Unterhalt bezw. die Erziehung der Kinder zu bestreiten, würde die Ausgabe hiefür zunächst aus den Nutzungen zu bestreiten und nur der Überschuss in die Konkursmasse zu ziehen sein. (Bem. II. 2.) Verschieden von dem bisher Erörterten ist der Fall, wenn eine Handelsfrau in Konkurs gerät und dem Ehemann nach den Landesgesetzen ein Niessbrauch an deren Vermögen zusteht. Nach Art. 8 Abs. 2 H.-G.-B. haftet die Handelsfrau für die „Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Niessbrauch oder die sonstigen an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemanns". Auf obigen Fall kann sonach, abgesehen davon, dass es sich nicht um ein dem Gemeinschuldner zustehendes, sondern um ein an seinem Vermögen begründetes Nutzniessungsrecht handelt, § 1 Abs. 2 der K.-O. weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung finden. Der Niessbrauch des Ehemanns verliert durch den Konkurs der Ehefrau deren Gläubigern gegenüber derart seine Wirksamkeit, dass nicht einmal eine Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Auch wenn man annimmt, dass der Niessbrauch des Ehemanns durch den Konkurs der Ehefrau nicht untergeht, stellt sich obiges Ergebnis heraus. Jedenfalls schliesst Art. 8 H.-G.-B. den Anspruch des Ehemanns auf Unterhaltsgewährung aus der Konkursmasse aus. Diese im Interesse der Gläubiger der Ehefrau getroffene reichsrechtliche Vorschrift ist aber durch die K.-O. nicht beseitigt worden. (§ 3 E.-G.) [1]

§ 2.

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).

(E. § 2; M. S. 25 ff.; K. S. 8; pr. K.-O. § 2.)

[1] A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 93.

Begriff d. K.Gl. S. 18.
Familienrechtl. Ansprüche S. 19, 23.
Gemeinschaft d. K.-Gl. S. 17.
Konkursanspruch S. 16.
Periodische Leistungen S. 22.
Persönliche Leistungen S. 19.
Pfandrechtstheorie S. 17.
Prozesskosten S. 20.
Sterbfallgebühren S. 19.
Unterhaltsansprüche S. 22 ff.
Vermögensansprüche S. 18 ff.
Vertragsstrafe S. 20.
Wechselforderung S. 21.
Zweck d. Kv. S. 16.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Zweck des Konkursverfahrens. Konkursanspruch.

Der Zweck des Kv. wird im § durch die Vorschrift bestimmt, dass die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dient. Daraus ergiebt sich auch die Art und Weise, in welcher diese Befriedigung zu erfolgen hat. Das Gesetz sucht die Gläubiger dagegen zu schützen, dass ihre Befriedigung nicht durch Verschleuderung des Vermögens seitens des Gemeinschuldners, Hinzutritt neuer Schulden oder Begünstigung einzelner Gläubiger beeinträchtigt werde. Der aus der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und dem Zusammentreffen verschiedener Forderungen entstehende Anspruch auf gesetzliche Verteilung des vorhandenen Vermögens unter sämtliche K.-Gl., welcher den Konkurs begründet und durch das Kv. verwirklicht werden soll, wird in den Mot. (S. 14, 15) „Konkursanspruch“ genannt. Diese Begriffsbestimmung, die Schultze (Konkursr S. 11 ff.) als Grundlage für die Konstruktion des ganzen Konkursrechtes verwerten will und die auch im übrigen vielfach Zustimmung gefunden hat,[1] kann aber insoweit nicht gebilligt werden, als unter dem „Konkursanspruch“ ein besonderer, materiell-rechtlicher Anspruch verstanden und aus demselben das Anfechtungsrecht abgeleitet wird. Nach § 2 werden im Kv. lediglich die schon vor der K.-E. begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche, nicht ein durch die Zahlungsunfähigkeit begründeter „Konkursanspruch“, dessen Gegenstand die Masse wäre, geltend gemacht. Die K.-Gl. können nur Befriedigung der ihnen gegen den Gemeinschuldner zustehenden Vermögensansprüche (Forderungen) aus der Konkursmasse und zu diesem Zweck unter bestimmten Voraussetzungen die K.-E. verlangen. Ein anderer Anspruch auf die Masse steht ihnen nicht zu. Dadurch, dass den Gläubigern das Recht eingeräumt wurde, die K.-E. zu beantragen, sind sie allerdings in der Lage, eine gleichmässige Befriedigung der nicht mit einem Vorrecht ausgestatteten K.-Gl. herbeizuführen. Aber daraus folgt nicht, dass ihnen schon vor der K.-E. ein Anspruch auf gleichmässige Befriedigung zusteht. Dieser Anspruch ergiebt sich vielmehr erst aus der K.-E. Ebensowenig kann ein solcher Anspruch für die Zeit vor der K.-E. aus den Vorschriften über das Anfechtungsrecht insbesondere aus § 23 K.-O. abgeleitet werden, denn der in dieser Vorschrift geregelte Anspruch auf Rückgewähr, der übrigens nicht den K-Gl., sondern dem K-V. als Vertreter des Gemeinschuldners zusteht (vgl. Bem. III. 1 zu § 5), hat nicht in einer unerlaubten Handlung insbesondere nicht darin seinen Grund, dass ein Anspruch der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung verletzt worden ist. (Bem. III. zu § 22 und Bem. I. zu § 23.) Stände den einzelnen Gläubigern das Recht zu, die von ihrem Schuldner vorgenommenen Handlungen nach § 3 Z. 1 des Anf.-Gesetzes anzufechten, weil durch die einem Gläubiger gewährte Befriedigung ihr Anspruch auf gleichmässige Befriedigung verletzt worden sei, so könnte man von einem Konkursanspruch im Sinne der Motive sprechen. Eine derartige Anfechtung kennt aber das Anfechtungsgesetz nicht. (Bem. I zu § 3.)[2] Man kann den Konkursanspruch hienach

[1] v. Wilmowski, K.-O. S. 9 u. Jur. Woch. 1879 S. 227; Stieglitz, Einl. § 3 S. XIX. Eccius Bd. 1 S. 788 § 115; Hartmann, Anfechtung S. 3; v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation im Konkurs S. 50 ff.; H. Wächter, die materiellrechtliche Seite des Konkurses S. 60 ff.

[2] Vgl. R.-G. (II.) 1. Febr. u. 1. Nov. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 9 ff. bes. S. 15 und Bd. 24 S. 133.

nur als Bezeichnung für eine besondere Funktion des allgemeinen Anspruchs auf prozessualischen Rechtsschutz gelten lassen. Allein wegen der naheliegenden Gefahr, dass mit dem Ausdruck eine missbräuchliche Bedeutung verbunden wird, ist er besser ganz zu vermeiden.[1])

2. *Rechtliche Stellung der Konkursgläubiger.*

Das Rechtsverhältnis, in dem die K.-Gl. zum Gemeinschuldner stehen, wurde von jeher in verschiedener Weise aufgefasst. Während früher vielfach ein Eigentumsübergang auf die Gläubiger behauptet wurde, war in neuerer Zeit diese Auffassung fast allgemein aufgegeben und nur noch behauptet worden, dass den K.-Gl. kraft der K.-E. und der in ihr enthaltenen Beschlagnahme am Vermögen des Gemeinschuldners ein Pfandrecht zustehe. Die K.-O. hat sich aber weder der einen noch der andern Annahme angeschlossen. (Mot. S. 15, 16 u. Bem. I. zu § 5.) Es wurde weder eine Rechtsnachfolge der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners noch ein dingliches Recht derselben an diesem Vermögen für notwendig gehalten, sondern erschien als genügend, dass die Konkursmasse zur ausschliesslichen und gemeinschaftlichen Befriedigung der K.-Gl. diene.[2]) Ebenso wurde die Auffassung, dass die Gesamtheit der Gläubiger eine juristische Person bilde, verworfen (M. S. 17 ff.) und mit Rücksicht darauf der Ausdruck „Gläubigerschaft" vermieden. Es fehlt hienach jede Veranlassung, die Gläubigerschaft als ein besonderes Rechtssubjekt anzusehen oder ihr wenigstens Parteifähigkeit einzuräumen. (Bem. III. 1 zu § 5.)[3]) Auch für die in den Mot. angenommene „communio incidens" unter den K.-Gl. gewähren die Vorschriften der K.-O. keinen Halt. Bezüglich der Masse kann von einer unter den Gläubigern bestehenden Gemeinschaft keine Rede sein, da jene Vermögen des Gemeinschuldners bleibt und die K.-Gl., welchen an diesem keinerlei Rechte zustehen, nur verlangen können, dass sie daraus befriedigt werden.[4]) Aber auch dieser Anspruch auf Befriedigung wird von jedem einzelnen Gläubiger selbständig geltend gemacht. Ein gemeinsames Befriedigungsrecht besteht ebensowenig wie ein gemeinsamer Konkursanspruch. Vielmehr wird durch das Kv. nur eine Interessengemeinschaft unter den einzelnen Gläubigern begründet und üben dieselben die ihnen bezüglich der Überwachung des K.-V. eingeräumten Befugnisse in der Gläubigerversammlung aus, so dass in dieser Beziehung von einer äusserlichen, prozessualischen Gemeinschaft gesprochen werden kann, welche Ähnlichkeit mit der Streitgenossenschaft zwischen Prozessparteien hat.[5]) Durch die K.-E. wird an den Rechten der Gläubiger, soweit nicht die K.-O. ausdrücklich etwas anderes bestimmt hat, nichts geändert. (Bem. III. 1

[1]) Fitting § 4 Anm. 7.; Dernburg Bd. 2 § 111 Anm. 2; v. Mandry § 28 Anm. 46; Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 2 ff.; Wach, Handb. Bd. 1 S. 21; Hellmann, Lehrbuch S. 967; Otto S. 19; Grützmann S. 178 ff.; Cosack S. 18; Menzel S. 176; Weismann, Hauptinterv. S. 149 Anm. 28.

[2]) Kohler in Krit. V. Bd. 22 S. 383 Anm. u. Gruchot Bd. 31 S. 524; v. Völderndorff in Buschs Z. Bd. 6 S. 171; R.-G. in Entsch. Bd. 3 S. 417, Bd. 13 S. 300. A. M. insb. Menzel S. 243 Anm. 10 und L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 81 ff. 176 ff. Vgl. dagegen Petersen in Gruchot Bd. 34 S. 777 und im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 16 ff.; ferner Fierich in Grünhut Bd. 16 S. 485.

[3]) Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. 9 S. 27 ff. und im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 12 ff.; Endemann S. 54. Hellmann, Lehrb. S. 966, v. Völderndorff Bd. 1 S. 39; v. Wilmowski S. 29 ff.; Vgl. dageg. v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 466 ff.; Wach, Handb. Bd. 1 S. 589. 590.

[4]) Eine Gemeinschaft hinsichtlich der Masse selbst scheint Weismann (Hauptintervention S. 149 Anm. 28) anzunehmen, der, um den K.-V. als unmittelbaren Vertreter der K.-Gl. auffassen zu können, den Satz aufstellt, diesen stehe ein Recht an der Masse zu.

[5]) Schultze, Konkursr. S. 13 ff.; v. Sarwey S. 30; v. Wilmowski S. 30; Fitting § 5 Anm. 17 S. 33; Hellmann, Lehrb. S. 966; Rocholl in Buschs Z. Bd. 8 S. 407, 408. An der Auffassung der Motive halten fest: Stieglitz S. 26 und mit einer gewissen Beschränkung v. Völderndorff Bd. 1 S. 37. Ferner nimmt eine communio incidens an: Dernburg Bd. 2 § 114 S. 290.

zu § 5.) Deshalb kann der K.-V. — abgesehen vom Anfechtungsrecht — in den auf die Konkursmasse bezüglichen Prozessen, die er als Stellvertreter des Gemeinschuldners führt, nur solche Einwendungen geltend machen, welche, wenn das Kv. nicht eröffnet worden wäre, der Gemeinschuldner selbst hätte vorbringen können.[1]) Die von dem Gemeinschuldner vor der K.-E. in sonst unanfechtbarer Weise vorgenommene Vorrangseinräumung ist auch für den K.-V. und die übrigen Gläubiger massgebend.[2])

3. *Konkursgläubiger.*

Als K.-Gl. werden in der K.-O. nicht bloss diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen im Kv. angemeldet und dann an diesem teilgenommen haben, sondern alle Gläubiger bezeichnet, welche befugt sind, hieran teilzunehmen. Nach § 2 gehören zu diesen Personen nur solche Gläubiger, welche:

1) als persönliche Gläubiger anzusehen sind;

2) einen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben;

3) deren Anspruch zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründet ist.

Als weitere Voraussetzung ergiebt sich aus § 56, dass die Forderung auf einem belastenden Rechtstitel beruhen muss, da nach Z. 4 dieses § Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todes wegen im Kv. nicht geltend gemacht werden können.

II. Persönliche Gläubiger.

Als persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, wie der Ausdruck selbst klar erkennen lässt und in den Mot. (S. 25) hervorgehoben wurde, diejenigen Gläubiger anzusehen, „die, ohne dingliche Macht über einzelne Sachen, sich an die Person ihres Schuldners und dessen Vermögen halten müssen". Nur diejenigen Gläubiger, welche ihre Befriedigung aus dem Gesamtvermögen des Gemeinschuldners suchen, sind also zu den K.-Gl. zu rechnen. Dagegen sind vom Kv. diejenigen Personen ausgeschlossen, welche lediglich die Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse beanspruchen (§§ 35 ff.), oder welche ausschliesslich auf Grund eines dinglichen oder sonstigen Rechts auf bestimmte zur Masse gehörigen Gegenstände aus diesen abgesonderte Befriedigung suchen, ohne einen persönlichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner geltend machen zu können. (§§ 3. 39 ff. 57).

Dass die Konkursforderung eine Schuldforderung sein muss, ergiebt sich schon aus der hier dargelegten Auffassung, wird aber vollständig klar durch die späteren Erörterungen (Bem. III. 1—3).

III. Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner.

1) Da es sich bei dem Kv. lediglich um Befriedigung der K.-Gl. aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (der Konkursmasse) handelt, können in demselben nur solche Ansprüche in Betracht kommen, deren Befriedigung aus diesem Vermögen überhaupt erfolgen kann. Damit diese Voraussetzung vorliege, muss aber die Forderung auf Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein, oder wenigstens in Geld geschätzt und verwandelt werden können. Wo ein solcher Anspruch nicht in Frage steht, liegt auch keine Konkursforderung vor. Wird aber eine Forderung geltend gemacht, die diesen Voraussetzungen entspricht, so kommt es im übrigen weder auf den Inhalt noch auf den Rechtsgrund der Verbindlichkeit an. Hienach ist es unerheblich, ob der Anspruch aus einem Rechtsgeschäft oder unmittelbar aus dem Gesetz oder aus einer Rechtsverletzung entspringt.

[1]) R.-G. (VI.) 25. Okt. 1886, Bolze Bd 4 Nr. 1575.

[2]) R.-G. (V.) 17. Nov. 1886, Bolze Bd. 4 Nr. 1576.

Im letzteren Falle liegt eine Konkursforderung jedoch nur insoweit vor, als der Anspruch auf Schadenersatz, nicht auf Strafe gerichtet ist. (§ 56 Z. 3.) Die elsass-lothringischen Sterbfallgebühren begründen eine Forderung der Landeskasse gegen die Erben, können sonach wohl im Kv. über deren Vermögen, nicht aber in demjenigen über den Nachlass, geltend gemacht werden. [1])

2) Ansprüche, welche ihrem Inhalte nach gar nicht auf das Vermögen gerichtet sind und weder dessen Vermehrung noch dessen Erhaltung bezwecken, sondern lediglich die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines familienrechtlichen Verhältnisses (z. B. der Vaterschaft oder Kindschaft, der elterlichen Gewalt, des Bestehens einer Ehe u. s. w.) zum Gegenstande haben, können nicht im Kv. geltend gemacht werden. Auch wenn die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs, wie es bei den Klagen auf Ehescheidung oder Gütertrennung sowie bei denjenigen auf Verlustigerklärung der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, oder der Verwaltungsbefugnisse des Ehemanns, des elterlichen oder eheherrlichen Nutzniessungsrechtes u. s. w. der Fall ist, das Vermögen des Gemeinschuldners unmittelbar berührt, sind die Ansprüche immerhin persönlicher Natur und nicht als Schuldforderungen anzusehen, folglich nicht im Kv., sondern im Wege der Klage gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen. (Vgl. Bem. II. 1 zu § 5.)

Handelt es sich um einen wirklichen Vermögensanspruch, d. h. um eine Forderung an Geld oder Geldeswert gegen den Gemeinschuldner, z. B. um einen Anspruch auf Gewährung von Unterhalt, so kann derselbe dagegen auch dann im Kv. geltend gemacht werden, wenn er in einem familienrechtlichen Verhältnis (der Vaterschaft etc.) seinen Rechtsgrund hat. Besonders ist der in einzelnen Gesetzgebungen gemachte Unterschied zwischen „gesetzlichen Alimentenansprüchen“ und solchen Ansprüchen, die auf Vertrag oder letztem Willen beruhen, nach der K.-O nicht begründet. Es kommt jedoch bei derartigen Forderungen darauf an, ob sie zur Zeit der K.-E., wenn auch nur bedingt oder betagt, als vorhanden gelten, oder ob man annehmen muss, dass sie erst durch den Zeitablauf jedesmal von neuem entstehen. (Bem. IV. 5.)

3) Aus dem in Bem. 1 erörterten Grundsatze folgt, dass Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswert nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zulässt, dem Kv. fern bleiben müssen. (M. S. 25.) Geht der Anspruch auf Unterlassung einer bestimmten Handlung, die nur von dem Gemeinschuldner, nicht vom K.-V. vorgenommen werden kann, so ist dieser Anspruch dem Gemeinschuldner gegenüber, nicht im Kv., geltend zu machen. In diesem kann nur ein etwa begründeter Entschädigungsanspruch wegen Vornahme der Handlung befriedigt werden. Ebenso ist die Geltendmachung eines Anspruchs auf eine bestimmte Leistung, die nur vom Gemeinschuldner ausgehen kann (z. B. auf Erteilung von Unterricht, ärztliche Behandlung, Schreiben eines Buchs, Anfertigung eines Bildes), im Kv. nicht gestattet. Vielmehr sind hier derartige Ansprüche nur dann geltend zu machen, wenn die Leistung durch einen beliebigen Dritten ausführbar ist. Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung des gegebenen Versprechens können auch in diesen Fällen im Kv. verfolgt werden.

IV. Begründung des Anspruchs vor der Konkurseröffnung.

1) Bezüglich der Zeit, zu welcher ein im Kv. geltend gemachter Anspruch begründet sein muss, ist ein wesentliches Erfordernis das Bestehen der Forderungen, nicht bloss des Rechtsverhältnisses, zur Zeit der K.-E. Forderungen, welche zu dieser Zeit noch nicht bestanden haben, sind vom Kv. ausgeschlossen, wenn auch das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderung entspringt, schon vorher vorhanden war. Diese Grenze ergiebt

[1]) L.-G. u. O.-L.-G. Colmar 3. Febr. 1882 u. 19. Okt. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 7 S. 181, Bd. 9 S. 61 u. 300.

sich aus der durch die K.-E. herbeigeführten Beschränkung des Gemeinschuldners in der Verfügung über die Masse. (§§ 5 und 6.) Da der Gemeinschuldner von da an über das zu dieser gehörige Vermögen nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber dem K.-V. verfügen kann, dürfen auch die nach diesem Zeitpunkt entstandenen Forderungen nicht mehr im Kv. berücksichtigt werden. Aber schon das Bestehen der Forderung genügt. Deshalb kann eine solche auch dann im Kv. verfolgt werden, wenn sie noch nicht fällig ist, oder ihrem Betrage nach erst später festgestellt wurde, oder wenn es von einer Bedingung abhängt, ob die Forderung geltend gemacht werden kann. Die Behandlung der betagten und bedingten Forderungen ist durch die §§ 58—60 geregelt. Bezüglich der Liquidität wurde von Goldschmidt in der Reichstagskommission ohne Widerspruch erklärt: „dass die Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht notwendig in quali et quanto vorhanden sein müsse." (K. S. 8.) Für eine Forderung auf Schadenersatz (wegen einer widerrechtlichen Handlung etc.), die bereits vor der Eröffnung des Kv. begründet war kann hienach auch dann in diesem Befriedigung verlangt werden, wenn die Verpflichtung zum Ersatz und die Höhe der Entschädigung erst später festgestellt wurde. Ebenso kann der Anspruch auf eine Vertragsstrafe auch dann als Konkursforderung geltend gemacht werden, wenn die Unterlassung der Vertragserfüllung in die Zeit nach der K.-E. fällt. (Bem. II. zu § 55) [1])

2) Ob eine Forderung auf Ersatz von Prozesskosten, zu deren Zahlung der Gemeinschuldner nach der K.-E. in Folge eines gegen ihn aufgenommenen Prozesses, dessen Aufnahme der Verwalter abgelehnt hat, verurteilt wird, im Kv. geltend gemacht werden kann, hängt davon ab, in welcher Weise die Ersatzverbindlichkeit begründet wird. Die C.-P.-O. geht davon aus, dass die Verbindlichkeit zum Kostenersatz weder aus dem Gesichtspunkt der Strafe noch aus dem des Schadenersatzes zu rechtfertigen sei, sondern das Unterliegen im Prozesse als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozesskosten nach sich zieht. (V. Petersen C.-P.-O. Tit. V. Vorbem. II. Aufl. II. S. 173). Daraus folgt aber nicht, dass die Verbindlichkeit erst mit dem Urteil entsteht. Vielmehr wird sie schon durch die Anstellung und Durchführung der Klage bezw. deren Bestreitung begründet. Durch das Urteil wird nur festgestellt, welche Partei, als die in der Hauptsache unterliegende, die Kosten zu tragen hat. Es kann deshalb, auch wenn das Urteil, das dem Gemeinschuldner Kosten zur Last legt, erst nach der Eröffnung des Kv. ergeht, die Forderung auf Ersatz der Kosten in diesem Verfahren angemeldet werden. Dies ist jedoch nur insoweit gerechtfertigt, als die in Frage stehenden Kosten vor der K.-E. entstanden sind, d. h. soweit die Handlungen, für welche Gebühren und Auslagen berechnet werden, vor derselben vorgenommen wurden.[2]) Auch in den Mot. zu § 55 (S. 269 und 270) wurde bemerkt, die preuss. K.-O. begehe (in § 83 Z. 1) eine Inkonsequenz und Härte, indem sie die Anmeldung der bis zur K.-E. erwachsenen Kosten eines unbeendigten Prozesses ausschliesse und nur die Anmeldung solcher Kosten zulasse, welche bereits durch rechtskräftiges Urteil dem Gemeinschuldner zur Last gelegt waren. (§ 55 Bem. I.) Sind die Kosten bezüglich einer Forderung entstanden, welche vom Kv. ausgeschlossen ist, oder in diesem nicht geltend gemacht wird, so kann der Gläubiger auch deren Ersatz im

[1]) R.-G. (VI.) 8. März 1888 u. (I.) 5. Febr. 1890, Entsch. Bd. 21 S. 5 ff., Bd. 26 S. 85.

[2]) Hullmann S. 83 ff.; v. Sarwey S. 52; Stieglitz S. 62; Meisner S. 59; Fitting § 7 Anm. 18; Meves S. 86.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 173 Anm. 28 und v. Wilmowski S. 52 behaupten, dass auch Kosten, welche nach der K.-E. entstanden sind, im Kv. geltend gemacht werden können. Dagegen spricht aber § 94 Z. 1 G.-K.-G., nach welchem die einzelnen Kostenforderungen erst mit Vornahme der die Gebühren oder Auslagen veranlassenden Handlungen entstehen. Vollkommen vereinbar damit ist es, dass die Verpflichtung zur Kostentragung (bedingt) schon durch den Beginn des Prozesses oder das Bestreiten der Klage bezw. durch den Beginn der Untersuchung entsteht.

Kv. nicht verlangen. (Bem. II. 1 zu § 55).[1]) Nimmt der K.-V. den anhängigen Prozess an Stelle des Gemeinschuldners auf und unterliegt er, so steht dem Gegner nach § 52 Z. 1 eine Masseforderung zu. (Bem. II. 1 zu diesem §). Bezüglich der Kosten eines Strafprozesses verhält es sich ebenso. Auch hier wird die Forderung durch die Verurteilung des Gemeinschuldners nicht begründet, sondern nur festgestellt. Aus § 497 St.-P.-O. der in besonderen Erwägungen, nämlich darin seinen Grund hat, dass das Strafurteil gegen den Erblasser nicht rechtskräftig geworden ist, und gegen die Erben nicht rechtskräftig werden kann, darf eine andere Auffassung nicht abgeleitet werden.[2]) Wenn die Übernahme der Kosten seitens des Gemeinschuldners durch eine nach der K.-E. abgegebene Erklärung oder vorgenommene Handlung (Vergleich oder Zurücknahme der Privatklage bezw. des Strafantrags §§ 502, 503 St.-P.-O.) erfolgte, ist die Kostenforderung auch dann nicht Konkursforderung, falls die prozessualen Thatsachen, welche jene veranlassten, vor der K.-E. liegen. In diesen Fällen hat die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Kostentragung nicht in der Einleitung des Verfahrens seinen Grund, das ohne den Vergleich u. s. w. vielleicht zu einem andern Ergebnis geführt hätte.

3) Bezüglich der Forderungen aus Wechseln ist, soweit es sich um Ansprüche gegen den Acceptanten handelt, zunächst der Tag der Annahme entscheidend, derart, dass nur dann eine Konkursforderung vorliegt, wenn der Wechsel vor der K.-E. angenommen wurde. Der Umstand, dass die Annahme in blanco erfolgte und der Wechsel erst später ausgefüllt wurde, steht der Geltendmachung der Forderung nicht im Wege, da das Recht der Ausfüllung des Wechsels und damit auch der in Frage stehende Anspruch durch die Unterschrift des Acceptanten begründet worden ist.[3]) Auch kann ein solcher Anspruch gegen den Acceptanten in dessen Konkurs nicht bloss vom ursprünglichen Remittenten und denjenigen Indossataren geltend gemacht werden, an welche der Wechsel schon vor der K.-E. begeben worden war. Vielmehr sind auch spätere Indossatare berechtigt, die betr. Forderung, die nicht später entstanden ist, sondern nur nachher auf sie übertragen wurde, im Kv. anzumelden. Es verhält sich hinsichtlich einer solchen Wechselforderung ebenso wie wenn eine gewöhnliche Konkursforderung nach der K.-E. durch Übertragung auf eine andere Person übergeht. Der Indossatar, der einen Wechsel vor der K.-E. über das Vermögen des Acceptanten weiter begeben und nach derselben von einem Hintermann wieder eingelöst hat, kann sonach vom Kv. nicht ausgeschlossen werden. Auch er macht nur die durch die erfolgte Annahme begründete Forderung gegen den Gemeinschuldner geltend. Dass diese Forderung vorher auf andere Personen übergegangen war und erst nach der K.-E. wieder zurückerworben wurde, ist unerheblich.[4])

Hinsichtlich der Forderung gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels ist der Tag der Ausstellung entscheidend, durch welche der Anspruch auf Einlösung des Wechsels begründet wird. Ebenso wird durch die Ausstellung eines auf eine andere Person gezogenen Wechsels der Regressanspruch der Indossatare für den Fall der nicht erfolgten Zahlung des Wechsels begründet, obgleich der Regress selbst noch die Verweigerung der Zahlung und den Protest voraussetzt. Der Aussteller hat sich für den Fall der Nichteinlösung des

[1]) Vgl. hiezu Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 739, 740, der die mit der Ansicht der angeführten Schriftsteller und den Motiven übereinstimmende Auffassung der Verfasser missverstanden und übersehen hat, dass der von ihm hervorgehobene Grundsatz bei § 55 ausdrücklich aufgestellt worden ist.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 4. Dez. 1885, Rechtsspr. Bd. 7 S. 712; ferner: v. Sarwey S. 21; Meisner S. 29 und die ob. S. 20 Anm. 2 angeführten Schriftsteller. A. M.: Hullmann S. 62. Stieglitz S. 33 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 105.

[3]) Preuss. Obertrib. 12. Dez. 1865, Striethorst Bd. 60 S. 292 ff. u. R.-O.-H.-G. 4. und 18. Sept. 1874, Entsch. Bd. 14 S. 54 ff.

[4]) V. die allseitig gebilligte Plenarentsch. des R.-O.-H.-G. vom 21. Juni 1878, Entsch. Bd. 24 S. 1 ff. Das pr. Obertrib. hat die entgegengesetzte Ansicht später aufgegeben. Striethorst Bd. 39 S. 136.

Wechsels zur Schadloshaltung des Indossanten verpflichtet. Von diesem und allen seinen Nachfolgern kann sonach die Entschädigungsforderung im Konkurs des Ausstellers geltend gemacht werden, auch wenn die Bedingung, von deren Eintritt die Zahlungspflicht abhängt, erst später eingetreten und der Inhaber des Wechsels erst nach der K.-E. in dessen Besitz gelangt ist. Handelt es sich um den Konkurs eines Indossanten, so kann der Regressanspruch nur dann im Kv. geltend gemacht werden, wenn die Indossierung vor der K.-E. erfolgte. Erst durch das Indossament ist dessen Verpflichtung zur eventuellen Schadloshaltung entstanden. Nach der K.-E. war der Gemeinschuldner zur Indossierung nicht mehr befugt. Etwaige (civilrechtliche) Schadenersatzansprüche des Acceptanten, der aus Gefälligkeit gegen den Aussteller annahm und zur Zahlung des Wechsels angehalten wurde, können auch dann im Konkurs des Ausstellers geltend gemacht werden, wenn die Zahlung selbst erst nach der K.-E. erfolgte. Auch in diesem Falle war die eventuelle Forderung auf Schadenersatz schon durch das vor der K.-E. gegebene Versprechen entstanden, für rechtzeitige Deckung bezw. dafür zu sorgen, dass der Wechsel nicht vorgezeigt werde. Dass der Schaden bezw. der Fall, für welchen die Schadloshaltung versprochen wurde, erst später eingetreten ist, kann nicht entscheiden.[1]) Hat der Bezogene dagegen ohne ein solches Versprechen acceptiert und durch die Zahlung des Wechsels eine Forderung gegen den Aussteller erworben, so kann er diese nur dann im Kv. geltend machen, wenn die Zahlung vor der K.-E. erfolgte.

4) Bei periodischen Leistungen, zu denen der Gemeinschuldner verpflichtet ist, entscheidet bezüglich der Frage, ob auch die nach der K.-E. fällig werdenden Beträge im Kv. gefordert werden können, der Umstand, ob die Forderung auf Zahlung dieser Beträge schon vor der K.-E. als eine betagte bestanden hat, oder ob der Anspruch auf die einzelnen Raten mit Ablauf einer bestimmten Zeit erst von neuem entsteht, also eine Reihe von selbständigen Forderungen vorliegt, die in einem bestimmten Rechtsverhältnis ihren gemeinsamen Grund haben. Ersteres ist der Fall, wo es sich lediglich um Aufschub hinsichtlich der Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit, m. a. W. um Zahlungstermine handelt. Ein Verhältnis der letzteren Art liegt vor, wenn die in Frage stehende Leistung nur unter bestimmten Voraussetzungen, von denen der Eintritt der Verbindlichkeit abhängt, gefordert werden kann, namentlich wenn hiezu eine bestimmte Gegenleistung vorausgesetzt wird, deren Wegfall die Entstehung der Forderung hindert. Ob ein Verhältnis der einen oder andern Art vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Bezüglich der Zinsen ist nach der K.-O. (§ 56 Z. 1) der zuletzt hervorgehobene Gesichtspunkt zutreffend. Es können sonach die seit der K.-E. laufenden Zinsen aus der Konkursmasse nicht beansprucht werden. (Vergl. M. S. 270 und Bem. II. 1 zu § 56.) Auch Forderungen von Pacht- und Mietzinsen entstehen erst mit Ablauf der Zeit, zu welcher der Pacht- oder Mietzins zu zahlen, und nur unter der Voraussetzung, dass der Genuss der verpachteten oder vermieteten Sache wirklich gewährt worden ist. In dieser Beziehung enthalten jedoch die §§ 17 und 18 der K.-O. besondere Vorschriften, nach denen Pacht- und Mietverträge zufolge der K.-E. zwar von beiden Seiten gekündigt werden können, aber auch die Fortsetzung mit beiderseitiger Übereinstimmung gestattet ist. Wenn ein solcher Vertrag gekündigt wird, können nach Ablauf der hiefür festgesetzten Zeit keine Pacht- und Mietzinsforderungen mehr entstehen. Wird dagegen das Pacht- oder Mietsverhältnis fortgesetzt, so hat der K.-V. an Stelle des Gemeinschuldners die später fällig werdenden Pacht- oder Mietzinsen als Masseschuld zu zahlen. (Bem. II. 2 zu § 17.) Wegen der Leibrenten s. § 1 Bem. III. 2.

5) Ob und wieweit Ansprüche auf Gewährung von Unterhalt hinsichtlich der erst nach der K.-E. fällig werdenden Beträge im Kv. geltend gemacht werden können, hat von jeher zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Solche Forderungen sind, auch wenn sie in familienrechtlichen Verhältnissen ihren Ursprung haben, nicht ohne weiteres vom Kv.

[1]) Pr. Obertrib. 12. Sept. und 17. Okt. 1861, Striethorst Bd. 43 S. 147 ff.

ausgeschlossen. Der gemeinrechtliche Grundsatz: „concursus non alit infantes“ hat keineswegs unbedingte Anerkennung erlangt. (Bem. III. 1 u. 2.) Vielmehr finden hinsichtlich der erwähnten Ansprüche lediglich die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anwendung. Zunächst kommt es darauf an, ob solche Forderungen bezüglich ihres rechtlichen Bestandes von der Vermögenslage der in Anspruch genommenen Person unabhängig oder ob sie nur unter der Voraussetzung begründet sind, dass diese Vermögen besitzt, d. h. in der Lage ist, den geforderten Unterhalt zu gewähren. Sodann ist der Umstand entscheidend, ob die Forderung vor der K.-E. ein für allemal rechtlich begründet ist und nur die Fälligkeit der geschuldeten Beträge zu verschiedenen Zeitpunkten eintritt, oder ob angenommen werden muss, dass die Forderung bezüglich jeder einzelnen Rate erst in dem Augenblick entsteht, in dem ihre Zahlung verlangt werden kann. In beiden Richtungen ist das bürgerliche Recht massgebend. Hat die Unterhaltsforderung in einem Entschädigungsanspruch des Gläubigers ihren Grund, so kann, sofern die Verpflichtung zum Schadenersatz schon vor der K.-E. begründet war, die Forderung im Konkurs des Schuldners geltend gemacht werden. Ob dieser sich zur Zahlung eines bestimmten Kapitals verpflichtet hat bezw. hiezu verurteilt wurde, oder ob die Entschädigung in der Form einer Rente zugebilligt worden ist, kann einen Unterschied nicht bewirken. Es handelt sich hier einfach um eine betagte Forderung, bezüglich deren § 58 massgebend ist. Nur ist diese Forderung, da sie bloss solange dauert, als der Gläubiger lebt, eine bezüglich ihres Umfangs bedingte, begründet also, soweit es sich um die erst nach stattgehabter Verteilung fällig werdenden Beträge handelt, bloss den Anspruch auf Sicherstellung (§ 60). Ob die Entschädigungsforderung bereits vor der K.-E. anerkannt und zugleich bezüglich ihres Umfanges (durch Vertrag oder Urteil) festgestellt wurde, ist gleichgültig. Auch eine zur Zeit der K.-E. nicht feststehende Forderung dieser Art kann im Kv. geltend gemacht werden, wenn der Gemeinschuldner nachträglich auf Grund des bereits früher entstandenen Anspruchs zur Zahlung einer bestimmten Rente verurteilt wird (Bem. IV. 1). Nach denselben Grundsätzen sind die Unterhaltsforderungen unehelicher Kinder zu beurteilen, wenn die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes in dem betr. Lande nicht aus der Vaterschaft des Verpflichteten, sondern aus einem sogen. Quasidelikt desselben abgeleitet wird, weil dann der Gesichtspunkt der Entschädigung massgebend ist. Anders liegt die Sache bezüglich derjenigen Ansprüche auf Unterhalt, die nicht in einer Verbindlichkeit zum Schadenersatze, sondern lediglich in Familienverhältnissen ihren Grund haben und bei denen es sich im wesentlichen um die Verwendung des vorhandenen Vermögens oder um eine Unterstützungspflicht handelt, namentlich bei Ansprüchen auf Gewährung des Unterhaltes, die zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern u. s. w. bestehen. Ob und wieweit hier eine Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt begründet ist, hängt von den Umständen, insbesondere von der Vermögenslage der beteiligten Personen ab. Daraus ergiebt sich, dass die im allgemeinen feststehende Unterhalts- oder Unterstützungspflicht nicht ein für allemal eine Forderung auf Zahlung bestimmter Beträge für Lebensdauer begründet, vielmehr die Forderung bezüglich der für einen bestimmten Zeitraum beanspruchten Alimente immer wieder von neuem entsteht, sobald das Bedürfnis nach Unterhalt neuerdings hervortritt und die Fähigkeit zur Gewährung desselben diesem Bedürfnis gegenübersteht.[1]) Der Ehefrau, den ehelichen Kindern, den Eltern des Gemeinschuldners u. s. w. steht hienach im allgemeinen nicht das Recht zu, aus der Konkursmasse Unterhalt zu verlangen, bezw. zu fordern, dass gewisse Beträge zur Bestreitung des Unterhaltes, den sie an sich vom Gemeinschuldner verlangen können, zurückbehalten werden.[2])

[1]) Vgl. Dernburg Bd. 2 § 121 S. 319 ff.

[2]) V. insbes. v. Sarwey S. 19 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 107, 109; v. Wilmowski S. 50, 51; Stieglitz S. 31; Meisner S. 26, 27; Eccius Bd. 1 S. 807 § 118; Dernburg Bd. 2 § 121 S. 319, 320; Fitting S. 77 § 8; O.-L.-G. Darmstadt 3. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 120; Willenbücher S. 13 Nr. 6a. v. Völderndorff und Willenbücher stimmen nur mit der Einschränkung zu, dass die Verbindlichkeit noch nicht durch Rechtsgeschäft oder rechts-

Was von den ehelichen Kindern gilt, muss aber ebenso von den unehelichen gelten, sofern deren Anspruch auf Unterhalt lediglich aus den Vaterpflichten des Gemeinschuldners abgeleitet wird, denn es ist nicht abzusehen, warum diese Kinder dem Vater oder dem K.-V. gegenüber anders und besser stehen sollten.[1] Soweit eine Unterstützung nicht freiwillig (nach § 120) bewilligt wird, haben diese Personen nur den Anspruch auf denjenigen Unterhalt, der aus den Erträgnissen des gesetzlichen Niessbrauchs gemäss § 1 Abs. 2 gewährt werden kann, und sind im übrigen darauf angewiesen, dass der Gemeinschuldner wieder Vermögen erwirbt, oder die ihm obliegenden Verpflichtungen aus seinem Einkommen zu bestreiten vermag. An dieser Sachlage wird dadurch nichts geändert, dass die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners durch ein vor der K.-E. ergangenes Urteil festgestellt worden ist. Daraus, dass das Gericht die zur Zeit des Urteils bestehende Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen anerkannt hat, oder dass die vorerst zu zahlenden Beträge vorbehaltlich anderweitiger Bestimmung für die spätere Zeit festgesetzt wurden, folgt noch nicht, dass der Gemeinschuldner endgültig verurteilt werden sollte, wie sich auch die Umstände gestalten mögen, seinen Unterhaltsbeitrag fortzuzahlen. Im Zweifel ist nicht anzunehmen, dass eine derartige Absicht bestand, der Unterhalt z. B. auch dann verlangt werden darf, wenn dem Forderungsberechtigten durch Erbschaft oder sonstwie Vermögen zugefallen ist. Es kann aber allerdings vorkommen, dass die Verbindlichkeit zur Gewährung von Unterhalt in einer Weise übernommen oder auferlegt wird, dass es nicht mehr auf die Vermögensumstände der Beteiligten ankommt, sondern die Unterhaltsbeiträge unter allen Umständen bezahlt werden müssen, solange der Unterhaltsberechtigte lebt oder bis derselbe ein gewisses Alter erreicht hat. Ist eine solche Verpflichtung, sei es durch Vertrag, sei es durch rechtskräftiges Urteil, festgestellt, also der allgemeine Anspruch auf Gewährung desselben in eine Forderung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt, so liegt eine gewöhnliche Forderung vor, die ihrem ganzen Umfange nach vor der K.-E. entstanden und deshalb im Kv. geltend zu machen, sowie nach § 60 zu behandeln ist.

§ 3.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

(E. § 3; M. S. 26 ff.; K. S. 8; pr. K.-O. § 2 Abs. 2, §§ 38, 39 und 263 ff.)

I. Gesetzliche Regelung der Absonderungsansprüche. (Abs. 1.)

1) Die Gläubiger, denen ein „Absonderungsrecht“ zusteht, unterscheiden sich von den „Aussonderungsberechtigten“ dadurch, dass sie nicht Gegenstände, welche nicht zur Konkurs-

kräftiges Urteil festgestellt sein dürfe. Die Feststellung der Unterhaltspflicht ändert aber an sich das Wesen der Forderung nicht. A. M. ist Endemann S. 488, 489.

[1]) In Sachsen wurde der Anspruch unehelicher Kinder, weil er lediglich auf der Thatsache der Erzeugung beruhe, anders als der Anspruch ehelicher Kinder behandelt. (Wengler S. 77.) Diese Unterscheidung ist aber aus Art. 1862 des b. G.-B. geschöpft und kann desshalb nicht allgemeine Geltung beanspruchen. Die Verpflichtung zum Unterhalt des unehelichen Kindes hat gleichfalls in dem Kindesverhältnis ihre Grundlage und es besteht, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen im Wege stehen, oder die Verpflichtung zum Unterhalt in die Verbindlichkeit zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt wurde, kein Grund, das uneheliche Kind, das sich unter Umständen sogar in günstiger Vermögenslage befinden kann, vor dem ehelichen zu bevorzugen. Vgl. noch Meyer in Gruchot Bd. 34 S. 650 ff. A. M. Endemann a. a. O.

masse gehören, aus dieser wegnehmen wollen, sondern aus solchen Gegenständen Befriedigung suchen, die einen Teil der Konkursmasse bilden. (Bem. II. zu § 2.) Sie haben aber nicht bloss einen Anspruch auf Befriedigung aus dem zur Masse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners, dessen Gläubiger sie nicht notwendig sind, sondern wollen kraft der ihnen an bestimmten Sachen zustehenden besonderen Rechte (Hypothekarrechte, Vorzugsrechte, Faustpfandrechte u. s. w.) zunächst nur aus dem Erlös dieser Gegenstände befriedigt sein. Insofern nehmen sie eine andere Stellung ein als die K.-Gl., welche persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sein müssen und nur in dieser Eigenschaft auftreten können.

2) Wem ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös einzelner Gegenstände zusteht, bestimmt im allgemeinen das bürgerliche Recht. Bei Aufstellung der K.-O. entschied man sich jedoch dafür, dass in dieser die Fälle der Absonderungsansprüche einheitlich und ausschliesslich festgestellt werden und dass die darin nicht anerkannten bisherigen Absonderungsrechte ihre Kraft für den Konkurs verlieren sollten. Die nach dem bürgerlichen Recht begründeten dinglichen Rechte oder Vorzugsrechte gewähren deshalb im Falle einer K.-E. über das Vermögen des Eigentümers nur dann einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung, wenn dieser durch die K.-O. (§§ 39 ff.) anerkannt worden ist.

II. Art und Weise der abgesonderten Befriedigung. (Abs. 2.)

1) Abweichend vom gemeinen Recht und den meisten neueren Gesetzgebungen stellt Abs. 2 des § den Grundsatz auf, dass die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Kv. zu erfolgen habe. Aus dieser Abweichung ergiebt sich, dass die Absonderungsberechtigten in der Ausübung ihrer dinglichen Rechte durch das Kv. nicht gehindert werden, diese Ausübung sich vielmehr nach dem Inhalt der in Frage stehenden Rechte bestimmt und durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und Prozessrechtes geregelt wird. Der Absonderungsberechtigte bleibt ungeachtet des Kv. im Besitze seines Faustpfandes und kann dieses gerichtlich und aussergerichtlich verwerten. Eine eingeleitete Zwangsverwaltung bleibt ohne Rücksicht auf dieses Verfahren in Kraft. Ebenso schreitet eine Zwangsveräusserung unbehindert durch das Kv. fort und wird bis zur Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger durchgeführt. Der Erlös aus den zwangsweise veräusserten oder das Einkommen aus den so verwalteten Gegenständen wird unter die Absonderungsberechtigten verteilt, als ob ein Kv. nicht bestände. Nur was nach der Befriedigung der Absonderungsberechtigten übrig bleibt, fliesst in die Konkursmasse. Auch die Massegläubiger müssen sonach vor den Ansprüchen der Absonderungsberechtigten zurücktreten, gleichviel ob die zwangsweise Veräusserung der Pfandgegenstände von ihnen selbst oder vom K.-V. betrieben wurde.[1]) Die Ausübung der den Absonderungsberechtigten zustehenden Rechte erfolgt hienach nicht als ein Teil des Kv., sondern unabhängig davon; sie setzt nicht einmal voraus, dass die Berechtigten sich überhaupt auf dieses Verfahren einlassen.

2) Da die einem Absonderungsrecht unterworfenen Gegenstände immerhin zur Konkursmasse gehören, verliert der Gemeinschuldner mit der K.-E. auch bezüglich dieser Gegenstände (nach § 5) das Recht der Verwaltung und der Verfügung. Folgeweise fallen dem K.-V. auch hinsichtlich der dem Absonderungsrecht unterworfenen Vermögensteile Rechte und Verpflichtungen zu (§§ 107 ff., bes. §§ 110, 116 und 117). Die in der preuss. K.-O. (§ 38) festgehaltene Unterscheidung zwischen der gewöhnlichen „Konkursmasse“ und einer den K.-Gl. und Absonderungsberechtigten „gemeinschaftlichen Konkursmasse“ ist der K.-O. fremd. Es giebt bloss eine Konkursmasse. Nur findet ein besonderes Verfahren zur Befriedigung der Pfandgläubiger statt. Die Pfandstücke gehören zur Konkursmasse; sie sind der Verfügung des Gemeinschuldners entzogen, an dessen Stelle der K.-V. dieselbe ausübt; die Absonderungsberechtigten haben ihre Ansprüche daher dem K.-V. gegenüber

[1]) R.-G. (II.) 18. März 1890, Jur. Z. für E.-L. Bd. 15 S. 331, 332.

geltend zu machen. Weil die Pfandstücke zur Konkursmasse gehören, können neue Gläubiger, deren Forderungen nach der K.-E. entstehen, Ansprüche auf jene nicht geltend machen. Aus gleichem Grunde fliesst der nach Berichtigung der Pfandansprüche verbleibende Überschuss in die Masse. Von Amts wegen wird das Absonderungsrecht nicht berücksichtigt.[1] Die Befriedigung der Absonderungsberechtigten erfolgt überhaupt nicht durch den K.-V. Vielmehr ist es deren Sache, ihre Rechte durch Anwendung der gesetzlichen Mittel zu verwirklichen.[2] Dies gilt auch insoweit, als es sich um die Wahrung der Rechte der Hypothekargläubiger an dem Zubehör der verpfändeten Grundstücke sowie auf die Pacht- und Mietzinsen handelt. (Vgl. Bem. zu § 57 und Entsch. des R.-G. Bd. 23 S. 57, Bd. 25 S. 18.) Wenn der in Anspruch genommene Gegenstand nicht zur Konkursmasse sondern einem Dritten gehört, welcher ihn für die Schuld des Gemeinschuldners verpfändet hat, steht eine abgesonderte Befriedigung überhaupt nicht in Frage. Die darauf bezüglichen Vorschriften der K.-O. kommen deshalb hier nicht zur Anwendung[3])

3) Die Personen, denen durch die K.-O. ein Absonderungsrecht eingeräumt ist, können aus den ihnen verpfändeten oder in anderer Weise haftenden Gegenständen abgesonderte Befriedigung verlangen; sie sind aber nicht verpflichtet, diesen Weg zu betreten, und verlieren, auch wenn sie von ihrem Veräusserungsrecht keinen Gebrauch machen, nicht ihren Anspruch auf ausschliessliche oder vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der ihnen verhafteten Gegenstände. Sie können es ganz unterlassen, sich am Kv. zu beteiligen, und, soweit sie das Gesetz nicht ausdrücklich beschränkt, gerade so vorgehen, als ob dieses Verfahren nicht bestände. Sie dürfen aber auch, wenn sie es für nützlich halten, den K.-V. gewähren lassen, ohne dass sie deshalb in materieller Beziehung geschädigt werden. Je nachdem der eine oder der andere Weg betreten wird, ergiebt sich ein anderes Verfahren. Erstrebt ein Absonderungsberechtigter Befriedigung ausserhalb des Kv., was er regelmässig zu erklären hat, wenn er auf Beachtung seiner Ansprüche rechnen will (Bem. 2.), so kann er sich im Besitz der ihm zu seiner Sicherung übergebenen Sachen erhalten, muss diese aber dem K.-V. (nach § 110) auf Verlangen vorzeigen und deren Abschätzung gestatten. Ebenso kann er die Veräusserung der ihm verpfändeten Sachen mittels Zwangsvollstreckung betreiben oder, wenn ihm die Veräusserung in anderer Weise gestattet ist, was bei dem Faustpfand häufig vorkommt, diese andere Form wählen und sich so aus dem Erlös befriedigen. Im Falle der Bestreitung des Absonderungsrechtes erfolgt dessen Geltendmachung durch Klage gegen den Kv. oder durch Aufnahme eines bereits anhängigen Prozesses (§ 9).[4]) Der K.-V. haftet, soweit ihm nicht ein besonderes Verschulden zur Last fällt, das seine civilrechtliche Verantwortlichkeit begründet, wegen Herausgabe dessen, was er statt des Absonderungsberechtigten für die Masse eingenommen hat, nicht persönlich, sondern kann nur in seiner Eigenschaft als K.-V. belangt werden.[5]) Die Zwangsversteigerung von Grundstücken ist nicht bei dem Konkursgericht als solchem, sondern bei dem nach § 755 der C.-P.-O. zuständigen Gerichte zu betreiben.[6]) Der K.-V. kann sich der Geltendmachung des Absonderungsrechtes gegenüber unthätig verhalten, was in der Regel geschehen wird, wenn ein Überschuss für die Konkursmasse nicht zu erwarten ist. Er darf aber auch, wenn er es für vorteilhafter hält, selbst die Zwangsvollstreckung betreiben, ohne dass der Absonderungsberechtigte, dessen Ansprüche auf den Erlös dadurch nicht berührt werden,

[1]) R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. 14 S. 1, ausführlicher in Puchelts Z. Bd. 16 S. 409 ff. Vgl. jedoch bezügl. der Absonderungsrechte an unbeweglichen Sachen Bem. 3 a. E.

[2]) R.-G. (V.) 13. März 1889, Jur. Woch. S. 170, 171.

[3]) R.-G. (I.) 4. Jan. 1882 und (V.) 28. Nov. 1888, Entsch. Bd. 7 S. 88 ff., bes. S. 90 und Bd. 22 S. 331 a. E.

[4]) Otto C., wie ist nach Eröffnung d. Kv. zum Vermögen des Pfandschuldners vom Hyp.-Gläubiger der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltend zu machen? S. 24.

[5]) R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Bolze Bd. 4 Nr. 1580.

[6]) V. Otto C. a. a. O. S. 13 u. 14, der übrigens § 755 C.-P.-O. nicht beachtet.

dies zu verhindern berechtigt ist (§§ 115, 116). Endlich kann der K.-V. dadurch, dass er den Absonderungsberechtigten befriedigt, dessen Ansprüche beseitigen und so das volle Verfügungsrecht über die in Frage stehenden Gegenstände erlangen. Eine Absonderung von Amts wegen findet, wie bemerkt, nicht statt, und eine Beschlagnahme der den Absonderungsberechtigten verhafteten Gegenstände wird zu deren Gunsten durch die K.-E. nicht, wie nach der pr. K.-O. (§§ 266, 267, 57), bewirkt. Der K.-V. kann die verpfändeten Gegenstände mit der an ihnen haftenden Belastung veräussern, wie es auch der Gemeinschuldner hätte thun können, und hat sich bei diesem Verfahren um die Befriedigung des Pfandgläubigers, dem seine Ansprüche vorbehalten bleiben, nicht zu kümmern. Will er dieses Verfahren nicht einschlagen, sondern die Veräusserung ohne Rücksicht auf die Belastung vornehmen, so muss er den Erlös zur Sicherstellung oder Befriedigung der Absonderungsberechtigten verwenden. Welche Rechte dem Absonderungsberechtigten gegenüber dem dritten Erwerber zustehen, insbesondere ob er sich ungeachtet der Veräusserung an den Gegenstand halten kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Eine besondere Frist für die Geltendmachung des Rechtes auf abgesonderte Befriedigung ist nicht vorgeschrieben. Der Absonderungsberechtigte muss jedoch seine Ansprüche, sofern er nicht Gefahr laufen will, sie gegenüber der Masse zu verlieren, vor Abschluss des Verteilungsverfahrens geltend machen. Wird der Gegenstand, um den es sich handelt, vom Verwalter veräussert, so kann der Absonderungsberechtigte dem K.-V. gegenüber nur als Massegläubiger auftreten. (Bem. IV. zu § 52). Alsdann findet § 159 auf ihn Anwendung. (M. zu § 143 S. 376.)[1])

4) Ungeachtet der Ausübung des Absonderungsrechtes kann nach § 57 die Forderung als Konkursforderung geltend gemacht werden, sofern der Gemeinschuldner persönlich als Schuldner haftet. Die Anmeldung einer solchen Forderung im Kv. enthält an sich einen Verzicht auf das dem Gläubiger zustehende Absonderungsrecht nicht.[2]) In der vorbehaltslosen Annahme der Zwangsvergleichssumme ist dagegen ein solcher Verzicht zu finden, da in derselben eine Unterwerfung unter den Zwangsvergleich enthalten[3]), sonach die Forderung des Absonderungsberechtigten als getilgt anzusehen ist.

III. Erklärungen des Verwalters über den Absonderungsanspruch.

Nach Geltendmachung des Absonderungsanspruchs hat sich der K.-V. über dessen Anerkennung zu erklären. Aber der Gläubiger hat kein Recht darauf, dass diese Erklärung sofort erfolge, muss vielmehr dem K.-V. Zeit zur Prüfung des Anspruchs lassen; auch kann er nicht verlangen, dass sich dieser in einem Konkurstermine erkläre. Diese Termine dienen bloss zur Erledigung des Kv. Insbesondere hat der Prüfungstermin nur den Zweck, dass über die angemeldeten Forderungen und die beanspruchten Vorzugsrechte verhandelt und das Ergebnis festgestellt werde. Hat aber der K.-V. ein Absonderungsrecht im Kv., z. B. im Prüfungstermin, ausdrücklich und vorbehaltslos anerkannt, so muss er diese Anerkennung gelten lassen.[4])

[1]) Bezüglich der Frage, in welcher Weise der K.-V. im obigen Falle zu verfahren hat und welche Ansprüche dem Absonderungsberechtigten gegenüber dem Erwerber und der Masse zustehen, gehen die Ansichten auseinander. V. v. Sarwey S. 25, 26; v. Völderndorff Bd. 1 S. 114; v. Wilmowski S. 53 ff.; Stieglitz S. 35 ff.; Willenbücher S. 15; Fitting § 20 II. S. 186. Letzterer verweist auf das bürgerliche Recht, ebenso v. Wilmowski und v. Sarwey. Die übrigen Schriftsteller nehmen an, dass der K.-V. die Gegenstände nur unbeschadet der darauf ruhenden Lasten verkaufen dürfe oder den Erlös zur Befriedigung der Absonderungsberechtigten verwenden bezw. hinterlegen müsse. Diese Wege werden in der Regel zu demselben Ergebnis führen.

[2]) R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. 16 S. 36.

[3]) R.-G. (I.) 20. Dez. 1879 und (V.) 18. Sept. 1886, Entsch. Bd. 1 S. 183, Bd. 16 S. 68. R.-G. (V.) 18. Febr. 1886 Bl. für R.-A. Erg.-Bd. 6 S. 139. O.-L.-G. Köln im rhein. Arch. Bd. 74 II. S. 61; v. Wilmowski § 57 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 1 S. 655.

[4]) R.-G. (I.) 15. Sept. 1884, Jur. Woch. 1885 S. 7.

§ 4

Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich.

Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, dass gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates und die Rechtsnachfolger derselben ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde.

(E. § 4; M. S. 31 u. 32; K. S. 8 ff. und 196 ff.; pr. K.-O. § 3.)

1) Der in Abs. 1 aufgestellte Grundsatz gilt nicht bloss für das Verfahren, sondern auch bezüglich des materiellen Konkursrechtes. Jedoch wird dadurch die Anwendung desjenigen ausländischen Rechtes, das nach den Grundsätzen des sogen. internationalen Privatrechts massgebend ist, nicht ausgeschlossen. Ob eine Forderung überhaupt besteht, ob aus einem im Ausland geschlossenen Vertrag ein Klagerecht begründet ist, z. B. ein uneheliches Kind vom Vater Unterhalt verlangen kann u. s. w., ist häufig nach ausländischem Recht zu beurteilen. Auch liegt eine Benachteiligung des Ausländers darin nicht, dass seine Verhältnisse nach dem für ihn massgebenden Rechte beurteilt werden, zumal für Inländer hier gleichfalls verschiedene Grundsätze zur Anwendung kommen. Er soll nur dagegen geschützt werden, dass er nicht deshalb, weil er Ausländer ist, anders behandelt und schlechter gestellt werde, als wenn er Inländer wäre.

2) Von diesem Grundsatze lässt die K.-O. zwei Ausnahmen zu. Die erste betrifft das Kv. über das inländische Vermögen eines Ausländers, die zweite die Wiedervergeltung. Die erste Ausnahme wird in § 207, die zweite in Abs. 2 des § 4 geregelt. Nach der letzteren Vorschrift muss sich der Ausländer die Wiedervergeltung in Deutschland gefallen lassen, wenn sein Heimatsstaat deutsche Staatsangehörige gesetzlich schlechter stellt als seine eigenen. Auch kann er sich diesem Vergeltungsrechte nicht dadurch entziehen, dass er seinen Anspruch an Inländer oder an mehr begünstigte Ausländer abtritt. Die in der Reichstagskommission gestellten Anträge auf Beseitigung dieses Wiedervergeltungsrechtes wurden abgelehnt. Dasselbe geschah bezüglich eines Antrags, nach welchem die Ausübung des Vergeltungsrechtes den Gerichten übertragen werden sollte. (K. S. 8 ff. und 196 ff.) Die in Abs. 2 vorgesehene Anordnung muss eine allgemeine sein. In die bestehenden oder künftigen Staatsverträge mit ausländischen Staaten soll durch § 4 nicht eingegriffen werden. (M. S. 32.) Soweit solche Verträge nicht vorliegen, hat der Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrates zu verfügen, ob gegen die Angehörigen eines bestimmten ausländischen Staats anders verfahren werden soll, als es die K.-O. vorschreibt, und in welcher Weise das Vergeltungsrecht in Anwendung zu bringen ist. Die Anordnung des Reichskanzlers muss sich ferner auf die Frage erstrecken, ob und inwieweit die auf die Angehörigen eines bestimmten Staats berechneten Vorschriften auch für Rechtsnachfolger von solchen Geltung haben. Jedoch darf kein Unterschied gemacht werden, je nachdem die letzteren allgemeine Rechtsnachfolger oder Sonderrechtsnachfolger [1]) und diese Rechtsnachfolger gleichfalls Ausländer oder Deutsche sind, denn § 4 kennt diese Unterschiede nicht. Ob mehr Rücksicht auf die inländischen Gläubiger oder auf die Erben des Ausländers zu nehmen ist, welche immerhin ihre Rechte von diesen ableiten, hat die Behörde zu erwägen, in deren Ermessen das Gesetz die Anwendung des Vergeltungsrechtes stellt. Übrigens ist eine allgemeine Regelung bei deutschen Gesamtrechtsnachfolgern ebenso angemessen, wie bei der Einzelrechtsnachfolge. Wenn die Erbfolge nach Anmeldung der Forderung eintritt, würden dieselben Zweifel bezüglich der Frage eintreten, welcher Zeitpunkt für die Anwendung des

[1]) V. v. Sarwey S. 28; Willenbücher S. 16. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 120.

Vergeltungsrechtes massgebend ist, wie bei der Cession der Forderung.[1]) Gegen Umgehung der Vorschriften des § durch Übertragung von Konkursforderungen an im Auslande wohnende Personen wird in den §§ 42 und 49 Vorkehrung getroffen.

§ 5.

Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.

(E. § 5; M. S. 32 ff.; K. S. 9; pr. K.-O. § 4.)

Anfechtungsrecht S. 37.
Erbschaften S. 40 ff.
Gütertrennung S. 31.
Letztwillige Verfügung S. 32 ff.
Natur des Kv. S. 30.
Pfandrechtstheorie S. 30.
Prozessführung S. 32.
Rechtliche Stellung des K.-V. S. 30 ff., 33 ff.
Schadenersatz S. 38. 39.
Umfang der Befugnisse des K.-V. S. 39.
Wechselrechtliche Fragen S. 40.
Zustellungen S. 32.
Zweck d. Kv. S. 29.

Lit.: v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 461 ff.; Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 517 ff.; Petersen in ders. Z. Bd. 9 S. 1 ff. und Sächs. Arch. Bd. 1 S. 1 ff.; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. Konkursr.

I. Rechtliche Natur des Konkursverfahrens.

1) Der Zweck des Kv. ergiebt sich im wesentlichen aus § 2 (Vgl. Bem. 1 zu diesem §). Er besteht in einer geordneten und gemeinschaftlichen, unter Ausschluss der Einzelverfolgung stattfindenden Befriedigung der K.-Gl. aus der zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörenden Konkursmasse, deren Umfang § 1 bestimmt. In allen Fällen, in welchen mit Rücksicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Bem. I. 3 zu § 23 und Bem. II. zu § 94) zu befürchten ist, dass nicht alle Gläubiger befriedigt werden können, suchen sich erfahrungsgemäss die Gläubiger, welche von diesem Zustand Kenntnis erhalten, auf jede Weise Befriedigung zu verschaffen. Daraus erwächst einerseits der Nachteil, dass durch die von den einzelnen Gläubigern bewirkten Zwangsvollstreckungen sehr viele Kosten entstehen, welche das zur Erfüllung der Verbindlichkeiten dienende Vermögen vermindern. Andererseits ist bei diesem Verhalten eine sehr ungleichmässige Befriedigung zu erwarten, zufolge deren die entfernteren oder mit den Verhältnissen unbekannten Gläubiger ganz leer ausgehen können. Deshalb musste das Bedürfnis nach einem solchen Verfahren schon früh hervortreten.[2]) An diesem Verfahren haben nicht bloss die Gläubiger ein Interesse, sondern auch der Schuldner selbst, der andernfalls Gefahr läuft, dass sein Vermögen oder doch ein grosser Teil desselben durch die Kosten der Zwangsvollstreckungen aufgezehrt wird und dem das Kv. zugleich Gelegenheit bietet, sich auf dem Wege des Zwangsvergleichs von seinen Verbindlichkeiten zu befreien oder doch eine Stundung zu erhalten. Deshalb wurde auch (im § 95) das Recht, die K.-E. zu beantragen, nicht bloss den K.-Gl. sondern auch dem Gemeinschuldner selbst eingeräumt.

[1]) V. v. Sarwey, Willenbücher a. a. O. Endemann S. 57, v. Wilmowski S. 56. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 120, der die Ausdehnung des Vergeltungsrechtes auf deutsche Gesamtrechtsnachfolger für unzulässig hält, weil die ratio legis nicht zutreffe. v. Wilmowski S. 56 und Stieglitz S. 37 meinen wenigstens, deutsche Gesamtrechtsnachfolger würden von der Massregel auszunehmen sein.

[2]) Bez. der geschichtl. Entwicklung des Kv. vgl. Dernburg Bd. 2 §§ 111, 112; Endemann § 2 und in Buschs Z. Bd. 12 S. 526 ff.; L. Seuffert a. a. O.; Stobbe O., Zur Geschichte d. ältern deutsch. Konkursprozesses.

2) Der dem Kv. zu Grund liegende Zweck kann auf sehr verschiedene Weise erreicht werden. Die Art dieser Gestaltung ist aber für die Stellung aller an dem Verfahren beteiligten Personen, insbesondere für diejenige des K.-V., von Bedeutung. Zunächst kann die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger in der Weise erzielt werden, dass das vorhandene Vermögen auf diese selbst übertragen oder dass ihnen doch die Verwaltung desselben oder ein Pfandrecht und zugleich die Vertretung des Gemeinschuldners eingeräumt wird. Unter dieser Voraussetzung ist die Betreibung des Kv. Sache der K.-Gl. bezw. eines von ihnen oder für sie aufzustellenden Vertreters. Das Verfahren selbst hat dann Ähnlichkeit mit einer (generellen) Zwangsvollstreckung und die Verteilung der Masse denselben Charakter, wie diejenige Verteilung, welche sich an die gewöhnliche Zwangsvollstreckung anschliesst. Der dargelegte Zweck lässt sich aber auch in der Weise erreichen, dass eine Art von zwangsweiser Liquidation angeordnet wird, bei welcher der gerichtlich bestellte Verwalter die Versilberung der Aktivmasse und die Befriedigung der K.-Gl. an Stelle des Gemeinschuldners durchführt, der Subjekt des Vermögens und aller zu demselben gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten bleibt. Die letztere Auffassung war bei der Aufstellung des Entwurfs massgebend. Es wurde nicht bloss in den Mot. (S. 9 u. 10) ausgesprochen, das Kv. sei nicht als ein Prozess, sondern als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des Schuldners mit seinen Gläubigern anzusehen, welche eine gewisse Ähnlichkeit mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma habe. Demgemäss ist vielmehr das ganze Verfahren gestaltet. Gegen die Auffassung, dass das Kv. eine Art von genereller Zwangsvollstreckung sei, spricht nicht bloss der Umstand, dass es ohne Zuthun, ja gegen den Willen der K.-Gl. eingeleitet werden kann, sondern die ganze Regelung des Verfahrens, insbesondere die freie Stellung, welche dem K.-V. gegenüber den K.-Gl., sowie in Ansehung der vorzunehmenden Veräusserungen eingeräumt wurde. Dem Gericht steht auch im wesentlichen nicht eine entscheidende, sondern nur eine leitende und beaufsichtigende Thätigkeit zu, so dass das Kv. nicht als ein besonders gearteter Civilprozess angesehen werden kann. (Bem. 1 zu § 65.) Das Kv. steht hienach auf der Grenze zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ja es würde mit Rücksicht auf die Art seiner Gestaltung zur letzteren zu rechnen sein. Den Reichsjustizgesetzen, insbesondere dem G.-V.-G., liegt jedoch die Auffassung zu Grund, dass das Kv. ebenso der streitigen Gerichtsbarkeit angehört, wie jedes in der C.-P.-O. geregelte Verfahren.[1])

II. Wirkungen der Konkurseröffnung. Aufhören der Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. (Abs. 1.)

1) Der Gemeinschuldner verliert zufolge der K.-E. die Befugnis, sein Vermögen noch fernerhin zu verwalten, weil dieses Vermögen zur Befriedigung der K.-Gl. dienen soll, also notwendig der Verfügung des Schuldners entzogen werden muss. Die K.-E. und der Eintritt des K.-V. in die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners sind zwar nicht als Pfändung anzusehen. Es erwirbt niemand ein Pfandrecht oder ein diesem ähnliches Recht an der Masse. (M. S. 15, 16.)[2]) Die K.-E., durch welche der Gemeinschuldner

[1]) Vgl. v. Sarwey Einleit. S. XLIX Anm.; v. Völderndorff Einl. § 4 S. 12 ff.; v. Wilmowski S. 25, 26; Fitting § 2 Anm. 1 u. § 26 Nr. 5; Dernburg Bd. 2 § 112 Nr. III.; Eccius Bd. 1 § 115 Anm. 6; Endemann § 1; Petersen in Gruchot Bd. 34 S. 782—784 u. im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 4 u. S. 25. A. M. insbes. Schultze S. 135 ff., der das Kv. als eine besondere Prozessart, und Wach, Handb. Bd. 1 § 6 Anm. 11, der es als generelle Zwangsvollstreckung bezeichnet.

[2]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 33; Fitting § 24 S. 217; Stieglitz S. 39; v. Wilmowski S. 29, 30; Petersen in Gruchot Bd. 34 S. 777 ff. und im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 16 ff.; Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 535; Oetker das. Bd. 14 S. 5; v. Schrutka-Rechtenstamm in der d. Litteraturzeit. Bd. 10 S. 950. R.-G. (I.) 5. März 1887, Jur. Woch. S. 114 a. E. A. M. Grützmann, Anfechtung S. 210 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 967; Kohler, Prozess als Rechtsv. S. 132—134; L. Seuffert a. a. O.; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 28 S. 401; Fierich in Grünhut Bd. 16 S. 480 ff. 485.

verhindert werden soll, zum Nachteil der Gläubiger über sein die Masse bildendes Vermögen zu verfügen (§§ 5 ff. 98, 102, 103 K.-O.), hat aber die Wirkungen einer Beschlagnahme im Sinne des § 137 St.-G.-B.[1]) Die Vorschrift des Abs. 1 bezieht sich nur auf dasjenige Vermögen, welches zur Befriedigung dieser Gläubiger bestimmt ist, d. h. nach § 1 zur Konkursmasse gehört, einschliesslich derjenigen Vermögensstücke, bezüglich deren ein Recht auf „abgesonderte Befriedigung" besteht. (§ 3 Bem. II. 2.) Dagegen behält der Gemeinschuldner das volle Verfügungsrecht über das vom Kv. nicht erfasste Vermögen. (§ 1 Bem. II. u. III.) Dieser verliert hienach durch die K.-E. nicht notwendig die Kaufmannseigenschaft, sondern wird derselben nur dann verlustig, wenn er thatsächlich aufhört, gewerbsmässig Handelsgeschäfte zu betreiben.[2]) Ebenso bleibt die Verfügung über höchstpersönliche Rechte, z. B. die Befugnis der Ehefrau, Antrag auf Gütertrennung zu stellen, unberührt.[3]) Diese Klage ist auch lediglich gegen den Gemeinschuldner, nicht gegen den K.-V. zu richten, da es sich dabei im wesentlichen um Regelung der künftig zwischen den Ehegatten bestehenden Rechtsverhältnisse handelt, der Prozess also nicht die Konkursmasse betrifft. Dass die Wirkungen der Gütertrennung auf den Tag der Klage zurückbezogen werden (vgl. Art. 1445 C. c.), ist für die Frage unerheblich. Das Gleiche gilt von dem Umstand, dass der Gemeinschuldner in Folge der Gütertrennung die Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau verliert. Thatsächlich kann die Konkursmasse allerdings durch die Gütertrennung berührt werden, indem die Nutzungen aus dem Sondergut der Ehefrau, welche bisher in die Gütergemeinschaft flossen, nun deren freier Verfügung unterliegen und daraus nur die Kosten der Haushaltung sowie die Erziehung der Kinder zu bestreiten sind (Vgl. Art. 1448 C. c). Aber daraus folgt noch nicht, dass die Klage gegen den K.-V. zu richten ist. Sonst müsste das Gleiche von der Ehescheidungsklage gelten, da die Ehescheidung ebenfalls die Gütergemeinschaft beendigt.[4]) Vielmehr kann daraus (höchstens) das Recht des K.-V. abgeleitet werden, in den Prozess als Nebenintervenient einzutreten. Wenn nach dem Landesrecht (vgl. z. B. § 5 des Ausf.-Ges. f. E.-L.) zufolge des Kv. die Gütertrennung auf Gesuch der Ehefrau durch einfachen Beschluss ausgesprochen werden kann, so dürfen die Kosten dieses Beschlusses nicht der Masse auferlegt werden, weil das Gesuch nicht gegen den K.-V. zu richten ist; dieser kann gegen einen solchen Beschluss Beschwerde einlegen.[5]) Für die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft ist, wenn die Ehefrau nicht auf diese verzichtet, was regelmässig der Fall sein wird, § 14 massgebend. Die Ersatzforderungen derselben sind im Kv. anzumelden. (Bem. 1 zu § 14.) Ist die Klage auf Gütertrennung schon vor der K.-E. erhoben worden, so können auf den Prozess auch nicht die §§ 8 u. 9 Anwendung finden. (Bem. I. 2 zu diesen §§.)

2) Nur das Recht, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten bezw. über dasselbe zu verfügen, nicht aber das Eigentumsrecht an den dazu gehörigen Gegenständen, wird dem Gemeinschuldner entzogen. Ein Vermögensübergang auf die Gläubiger findet nicht statt. (§ 1 Bem. I. 3). Durch das Wort „sein" soll die Auffassung, dass eine Rechtsnachfolge der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners stattfinde, ausgeschlossen werden (K. S. 9). Auch ein Pfandrecht steht den K.-Gl. an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nicht zu (Bem. II. 1 S. 30). Ebensowenig erlangen diese durch die K.-E. die Befugnis, den Gemeinschuldner zu vertreten (Bem. III. 1). Der K.-V. einer offenen Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft hat das Recht, von den Kommanditisten bezw. Aktionären

1) R.-G. (II.) 6. Juli 1886, Entsch. in Strafs. Bd. 14 S. 286; Dernburg Bd. 2 § 114 S. 290, 291. v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 461 ff.; Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 517 ff.; Petersen in ders. Z. Bd. 9 S. 1 ff. und Sächs. Arch. Bd. 1 S. 1. ff.; L. Seuffert a. a. O.

2) R.-G. (I.) 4. März 1885, Entsch. Bd. 13 S. 151 u. Gruchot Bd. 29 S. 987 ff.

3) O.-L.-G. Colmar, 30. Jan. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 167.

4) R.-G. (II.) 22. Jan. 1886, Entsch. Bd. 15 S. 321. A. M. Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 166, 167.

5) O.-L.-G. Colmar, 30. Juni 1890, jur. Z. f. E.-L. J. 15 S. 536.

Namens der Gesellschaft die rückständigen Einlagen bezw. Aktienbeträge einzufordern (Vgl. auch. §§ 193, 194 Bem. 2).[1]) Dagegen ist es nicht Aufgabe des K.-V., den Gemeinschuldner in einem Prozess zu vertreten, in welchem festgestellt werden soll, ob dieser Mitglied eines Vereins oder einer Genossenschaft sei und deshalb künftig für deren Verbindlichkeiten zu haften habe. Diese Verbindlichkeiten treffen die Konkursmasse nach § 2 der K.-O. nicht.[2]) Da der Gemeinschuldner Eigentümer der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände und Subjekt des diese Masse bildenden Vermögens bleibt, die Masse also weder den K.-Gl. gehört, noch als selbständiges Rechtssubjekt aufzufassen ist,[3]) kann als Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks in das Grundbuch oder Hypothekenbuch nicht die Konkursmasse sondern nur der Gemeinschuldner eingetragen werden.[4]) Ferner folgt daraus, dass nur der Gemeinschuldner in den die Konkursmasse betreffenden Prozessen als Partei anzusehen und als solche zu bezeichnen ist. (Bem. III. 1 u. Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.)[5]) Zu den Verwaltungsrechten, welche der Gemeinschuldner nach § 5 verliert, gehört auch die Ausübung des Jagdrechts. (Bem. I, 2 zu § 1.) Nur das Verfügungsrecht, nicht die Handlungsfähigkeit wird dem Gemeinschuldner entzogen; dieser kann sich demnach bezüglich des nicht zur Masse gehörigen Vermögens insbesondere für die Zukunft schon während des Kv. wirksam verpflichten. Erkennt er in diesem Zeitraum die Forderung eines Gläubigers an, so kann sich letzterer nach Beendigung des Kv. auf das von ihm angenommene Anerkenntnis berufen.[6]) Die auf die Konkursmasse bezüglichen Zustellungen sind an den K.-V. zu bewirken; solche Zustellungen dagegen, welche nur den Gemeinschuldner selbst angehen, an diesen.[7]) Die Cession einer Konkursforderung, welcher die in Art. 1690 C. c. vorgesehene Wirkung verschafft werden soll, ist hienach dem K.-V. zuzustellen. Diese Zustellung hindert aber den Gemeinschuldner und den früheren Gläubiger nicht, einen Nachlassvertrag abzuschliessen oder ein auf die Zeit nach der K.-E. berechnetes Abkommen zu treffen. Will der Cessionar auch dem Gemeinschuldner selbst gegenüber das Gläubigerrecht erwerben, so muss er die Cession auch diesem zustellen lassen.[8]) In den Prozessen, welche nicht gegen den K.-V., sondern gegen den Gemeinschuldner selbst geführt werden, und auf welche die §§ 8 u. 9 keine Anwendung finden, haben natürlich auch die Zustellungen an den Gemeinschuldner selbst zu erfolgen (Bem. I. 2 zu den §§ 8—10). Dieser letztere ist nach dem Gesagten nicht schlechthin prozessunfähig, sondern nur, so weit es sich um die auf die Konkursmasse bezüglichen Prozesse handelt (Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.).[9])

Der Verlust des Verfügungsrechtes tritt nur den K.-Gl. bezw. dem K.-V. gegenüber ein. Eine letztwillige, nach der K.-E. getroffene Verfügung des Gemeinschuldners ist desshalb nicht ohne weiteres ungültig. Vielmehr kann sie auch in Ansehung des zur Masse

[1]) R.-O.-H.-G. 11. April 1876, Entsch. Bd. 20 S. 270 ff.; R.-G. (I.) 29. Nov. 1879, Entsch. Bd. 1 S. 69 ff.; Gierke Gen. Theorie S. 877 Anm. 2; Petersen u. v. Pechmann Aktienges. S. 548.

[2]) R.-G. (I.) 13. Febr. 1889, Jur. Woch. S. 140 Nr. 13.

[3]) V. hierzu Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 1 ff., bes. S. 7 ff., 38 ff., 60.

[4]) R.-G. (VI.) 20. Sept. 1887, Jur. Woch. S. 435; Seuffert Arch. Bd. 44 S. 127, 128; Bolze Bd. 5 Nr. 1411; O.-L.-G. Hamburg 28. April 1887, Hans. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. 8 S. 207.

[5]) R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 400 ff., bes. S. 408, R.-G. (II.) 16. Okt. 1888, rhein. Arch. Bd. 79 III. S. 125, Puchelts Z. Bd. 20 S. 248; ferner; O.-L.-G. Hamburg 20. März 1886. Hans. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. 8 S. 212. A. M. R.-G. (I.) 15. Nov. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 406 ff., wo bes. S. 413 erklärt wird, dass der Gemeinschuldner in solchen Prozessen nicht Partei sein könne; vgl. Otto C. a. a. O. S. 24.

[6]) R.-G. (VI.) 14. Febr. 1887, Jur. Woch. S. 96.

[7]) Vgl. Z. f. Gerichtsv. Bd. 4 S. 135.

[8]) R.-G. (II.) 16. Okt. 1888 a. a. O.

[9]) V. noch: R.-G. (III.) 28. März 1882, (I.) 11. Dez. 1884 u. 18. Febr. 1885, (III.) 14. Dez. 1886, Entsch. Bd. 6 S. 400 ff.. bes. S. 407; Bd. 14 S. 408; Bolze Bd. 1 Nr. 2176; Jur. Woch. 1887 S. 41; v. Wilmowski S. 57 u. 58; v. Mandry § 10 S. 100, 107 ff.; Dernburg Bd. 2 § 114 S. 291, 294; Meves S. 19 ff. Senst in der Z. f. Gerichtsv. Bd. 5 S. 10.

gehörigen Vermögens wirksam werden, wenn das Kv. später wieder aufgehoben wurde. Auch Verfügungen unter Lebenden können, obgleich sie nach der K.-E. getroffen wurden, nach gewissen Richtungen hin wirksam sein. (Bem. I. 5 zu § 6.)

3) Der in Abs. 1 ausgesprochene Verlust tritt „mit der Eröffnung des Verfahrens", also mit der Stunde ein, welche nach § 100 als Zeitpunkt der K.-E. zu gelten hat. Die Zeit der Zahlungseinstellung, welche für die Anfechtung und Aufrechnung von Bedeutung ist, sowie der Umstand, dass das Verfahren bereits vorbereitet oder beantragt war, sind, soweit es sich um § 5 handelt, ohne Einfluss. Mit der K.-E. treten die in § 5 bezeichneten Wirkungen von Rechts wegen ein. Weder die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, noch dessen Verkündigung oder Zustellung an den Gemeinschuldner, noch die öffentliche Bekanntmachung ist für den Eintritt der im § 5 bezeichneten Wirkungen entscheidend, sondern lediglich die Stunde, in welcher die Eröffnung erfolgte, jedoch unbeschadet gewisser Sicherungsmassregeln, welche im Interesse der Gläubiger schon vor der K.-E. getroffen werden können. (§ 98).

III. Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes durch den Konkursverwalter.

1. Rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Die Rechte, deren Ausübung dem Gemeinschuldner während der Dauer des Kv. entzogen ist, werden, so lange diese Beschränkung dauert, durch den K.-V. ausgeübt. Über die rechtliche Stellung dieses Verwalters, dem nach der K.-O. im wesentlichen diejenige Thätigkeit zufällt, die im gemeinen Prozess unter den „Kurator" und den „Kontradiktor" verteilt war, bestand schon unter der Herrschaft des gemeinen Rechts und der pr. K.-O. Streit.[1]) In der K.-O. ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden. Vielmehr wurde die Beantwortung der Frage, welche auch erhebliche praktische Bedeutung hat, der Wissenschaft überlassen. (M. S. 16, 17.) Die meisten Schriftsteller nehmen an, dass der K.-V. im allgemeinen als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist,[2]) was jedoch vielfach insoweit nicht anerkannt wird, als es sich um Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt. Von anderer Seite wird er durchweg oder doch bezüglich der Anfechtung als Vertreter der einzelnen K.-Gl. oder einer „Gläubigerschaft" angesehen.[3]) Manche Schriftsteller nehmen an, er vertrete den Gemeinschuldner und die Gläubiger, oder bald den einen, bald die andern, wobei vielfach wieder für das Anfechtungsrecht eine Ausnahme gemacht wird,[4])

[1]) Vgl. bes. L. Seuffert, Z. Gesch. u. Dogm. Bd. 1. S. 69 ff.; Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 526 ff. u. Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1. S. 1 ff.

[2]) So Dernburg Bd. 2 §§ 114 u. 115; Eccius Bd. 1 S. 799 § 116 Anm. 26; Endemann §§ 12 u. 67 IV. S. 44 und S. 423 ff., ferner in Buschs Z. Bd. 12 S. 535; Fitting S. 31 u. § 17 Anm. 1; v. Mandry § 50 S. 472, 473; Oetker Verfolgungsr. S. 105 u. in Buschs Z. Bd. 14 S. 5 ff.; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 11 ff. u. im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 1. ff. bes. S. 24 ff.; v. Sarwey S. 30; Voss im Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 285; Wengler S. 91 ff.; v. Wilmowski S. 32, 36; Willenbücher S. 18; ferner R.-G. v. 17. April 1880, 28. März 1882 u. 14. Dez. 1886, u. 10 Nov. 1890, Entsch. Bd. 2 S. 34 ff., Bd. 6 S. 400 ff.; Jur. Woch. 1887 S. 41 Nr. 18 und 1891 S. 11; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundsch. S. 69; O.-L.-G. Dresden 24. März 1887 u. 16. Nov. 1889; Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 209 ff. u. 559; O.-L.-G. Hamburg 10. März 1890, Hans. Gerichtsz. Bd. 11 (Beibl.) S. 136.

[3]) v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 461 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 973 u. Krit. V. Bd. 27 S. 240; L. Seuffert a. a. O. S. 81 ff.; Weismann, Hauptinterv. S. 149 Anm. 29; Hartmann S. 4; Cosack S. 234; Grützmann S. 204 ff.; Jäckel S. 15; Otto S. 156; ferner Urt. des R.-G. v. 11. Dez. 1884, 9. Mai 1887, 15. Febr. u. 10. Mai 1889, 16. Juni 1890 u. 16. Febr. 1891, Entsch. Bd. 14 S. 405 ff., bes. 408; Bolze Bd. 7 Nr. 1071, Bd. 8 Nr. 872, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 399, Jur. Woch. 1890 S. 68 u. 1891 S. 179. Das erste Urt. bezieht sich auf engl. Recht. In den andern wird angenommen, dass der Gemeinschuldner in den Anfechtungsprozessen als Zeuge vernommen werden könne.

[4]) Vgl. insbes. Schultze, Konkursr. S. 36 ff., 64 ff.; Dernburg Bd. 2 § 115 S. 298; Wach, Handb. Bd. 1 S. 542 ff. und 589 ff.

wieder andere, er vertrete die als Rechtssubjekt anzusehende Konkursmasse[1]) oder diese Masse, die Gläubigerschaft und die einzelnen Gläubiger.[2]) Endlich wird angenommen, es handle sich überhaupt nicht um Vertretung irgendwelcher Personen[3]) oder der K.-V. wird als Organ des Gerichtes bezeichnet.[4]) Die Ansicht, dass der K.-V. überhaupt nicht die Eigenschaft eines Vertreters habe, sondern lediglich ein Amt versehe und deshalb auch in den von ihm geführten Prozessen selbst Partei sei, kann nicht als zutreffend angesehen werden. Das Amt des K.-V. besteht eben im wesentlichen darin, dass er das Vermögen des Gemeinschuldners zu verwalten und zu versilbern, sodann den Erlös unter die K.-Gl. zu verteilen hat. Diese Thätigkeit kann er aber nur als Vertreter (des Gemeinschuldners oder der K-Gl.). entwickeln, da er die Rechtsgeschäfte und Prozesse bezüglich der Masse nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung abschliesst bezw. führt. Ebenso wie er nicht als Subjekt des von ihm verwalteten Vermögens oder der in Frage stehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen ist, insbesondere Rechtsgeschäfte nicht für sich, sondern im Namen und für Rechnung anderer Personen abschliesst, so kann er auch in den von ihm geführten Prozessen nicht selbst Partei sein. Gerade wenn er als gesetzlicher und gerichtlich ernannter Güterpfleger (curator bonorum) anzusehen ist, muss ihm ebenso die Stellung eines Vertreters zugeschrieben werden, wie andern Güterpflegern, z. B. dem curator absentis und dem Nachlasskurator. Der Umstand, dass der K.-V. unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften auch die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, ändert daran nichts. Das ist auch bei andern Vertretern, z. B. den Liquidatoren, vielfach der Fall.[5]) Was sodann die Ansicht anbelangt, nach welcher der K.-V. Vertreter der K.-Gl. oder einer „Gläubigerschaft“ sein soll, so findet diese in den Vorschriften der K.-O. keinen Halt, wird vielmehr durch das gewählte System, nach welchem die Masse Vermögen des Gemeinschuldners bleibt und das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht auf die Gläubiger übergeht, ausgeschlossen. Den K.-Gl. steht nach der K.-O. überhaupt keinerlei Recht an der Masse, sondern nur der Anspruch zu, aus dieser befriedigt zu werden. Die Zwangsverwaltung durch den K.-V. ist auch in ihrem Interesse angeordnet. Aber sie wird nicht in ihrem Namen und in Ausübung der ihnen zustehenden Befugnisse geführt. Vielmehr gehen die Befugnisse, deren Ausübung dem Gemeinschuldner entzogen worden ist, unmittelbar und kraft Gesetzes auf den vom Gericht ernannten K.-V. über, der an Stelle des Gemeinschuldners dessen zur Konkursmasse gehöriges Vermögen verwaltet und darüber verfügt. Der Einfluss, welcher den K.-Gl. auf die Verwaltung eingeräumt ist, sowie die ihnen zustehende Überwachung und die Pflicht des K.-V. zur Rechnungslegung (§§ 78, 80 ff. 121—123), erklären sich daraus, dass das Kv. im wesentlichen die verhältnismässige Befriedigung der K.-Gl. durch Versilberung der Masse und Verteilung des Erlöses zum Zweck hat, der K.-V. also verpflichtet ist, die Verwaltung in einer diesem Zweck entsprechenden Weise zu führen und die Interessen der K.-Gl. zu wahren. Aus diesem beschränkten Überwachungsrecht kann aber umsoweniger gefolgert werden, dass der K.-V. Vertreter der Gläubiger sei, als er nach der K.-O. (§§ 70, 75) nicht von diesen, sondern vom Gericht ernannt wird und auch unter dessen Aufsicht steht. Da die K.-O. weder den einzelnen K.-Gl. noch einer „Gläubigerschaft“ die „Repräsentation“ des Gemeinschuldners überweist, vielmehr die darauf bezüglichen Vorschriften der pr. K.-O. (§ 4) absichtlich beseitigt wurden, kann auch nicht davon die Rede sein, dass der K.-V. das Vertretungsrecht der Gläubiger in ihrem Namen und für ihre Rechnung ausübe. Übrigens würde jener,

[1]) V. v. Völderndorff Bd. 1. S. 41 u. 127; Stieglitz S. 41.

[2]) V. v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 461 ff., 477 ff.

[3]) O. Fischer, pr. Privatr. S. 776, 778, Recht u. Rechtsschutz S. 45 u. Buschs Z. Bd. 10 S. 436; Korn S. 28 ff.; Menzel a. a. O. S. 286 und 288 und Oetker im jur. Litteraturbl. 1890 S. 188 ff.

[4]) Wieding in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. II. 2 S. 523, der übrigens eine mittelbare Vertretung des Gemeinschuldners zugiebt.

[5]) Vgl. Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1. S. 6 ff. u. S. 28 ff.

wenn man annimmt, dass er namens der K.-Gl. ein diesen zustehendes Vertretungsrecht ausübe, wie in den Motiven (S. 16) zutreffend dargelegt wurde, immerhin mittelbar als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen sein, da ein solches Vertretungsrecht nicht als ein selbständiges Recht am Vermögen des Gemeinschuldners angesehen werden könnte. Mit Rücksicht darauf ist zwar mehrfach die Ansicht aufgestellt worden, den K.-Gl. stehe in Folge der K.-E. ein Pfandrecht oder ein anderes (pfandrechtartiges) dingliches Recht an der Konkursmasse zu.[1]) Aber diese Auffassung wird weder durch die geschichtliche Entwicklung des Kv. und die Entstehungsgeschichte des § 5, bei dessen Fassung die Ansicht massgebend war, dass ein dingliches Recht der K.-Gl. an der Masse nicht anerkannt werden dürfe, noch durch die Vorschriften der K.-O. (§§ 2 und 6) gerechtfertigt. Auch erklärt die Pfandrechtstheorie die dem K.-V. zustehenden Befugnisse und die Wirkungen seiner Handlungen, sowie der für und gegen den K.-V. ergangenen Urteile für den Gemeinschuldner nicht. Eine Vertretung des Gemeinschuldners muss unbedingt stattfinden. Aus einem Pfandrecht der K.-Gl. erklärt sich aber nicht, wie die K.-Gl. dazu kommen, als dessen Vertreter kraft eigenen Rechts zu gelten.[2]) Ausserdem müssten bei dieser Annahme die K.-Gl. mit ihrem Vermögen für die vom K.-V. eingegangenen Verbindlichkeiten, insbesondere für die ihm auferlegten Prozesskosten haften. Die Durchführung dieser Haftung bereitet aber sowohl den einzelnen K.-Gl. als der „Gläubigerschaft" gegenüber grosse Schwierigkeiten. Noch weniger als von einer Vertretung der K.-Gl. durch den K.-V. kann davon die Rede sein, dass er die „Konkursmasse" selbst als Vermögensinbegriff (Zweckvermögen) vertrete. Diese Auffassung ist rechtlich unmöglich, weil die Masse nach wie vor der K.-E. das Vermögen des Gemeinschuldners geblieben ist bezw. zu demselben gehört, sonach nicht als subjektloses Vermögen aufgefasst werden kann.[3]) Die Ansicht, dass der K.-V., soweit er die ihm durch § 5 übertragenen Befugnisse ausübt, als Vertreter des Gemeinschuldners zu behandeln ist, steht übrigens nicht in Widerspruch mit der Auffassung, dass er sein Amt lediglich im staatlichen Auftrag führt und als Organ der Staatsgewalt anzusehen ist, deren Zwangsgewalt er ausübt. Der K.-V. leitet seine Befugnisse nicht von dem Willen des Gemeinschuldners ab, von dem er völlig unabhängig ist. Seine Rechte und Verpflichtungen haben vielmehr in dem ihm erteilten staatlichen Auftrag ihren Grund. Aber der Inhalt dieses Auftrags ist eben im wesentlichen der, dass der K.-V. die Konkursmasse an Stelle des Gemeinschuldners zu verwalten und sodann die Verwertung der hiezu gehörigen Gegenstände und die Verteilung des Erlöses durchzuführen hat. Er ist demnach Verwalter einer dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögensmasse und hat als solcher die diesem Dritten gegenüber zustehenden Rechte auszuüben sowie die ihm obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Soweit es sich um die Erfüllung oder Nichterfüllung der von dem Gemeinschuldner abgeschlossenen oder um bei der Fortführung des Geschäftes neu abzuschliessende Rechtsgeschäfte oder um Geltendmachung der dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte durch Einleitung oder Fortführung von Prozessen handelt, ist überall dieser letzere als das Subjekt des vom K.-V. verwalteten Vermögens auch Subjekt der einzelnen Rechtsgeschäfte und Prozesse. Er wird durch diese unmittelbar berührt, da es sich hiebei darum handelt, ob sein Vermögen vermehrt oder vermindert wird; ja er erwirbt daraus unmittelbar Rechte und wird auch durch die Handlungen des Verwalters ver-

[1]) Vgl. Eck in Goldschmidts Z. Bd. 28 S. 401; Grützmann Anfechtung S. 210; Hellmann Lehrb. S. 967; Kohler Prozess als Rechtsverh. S. 132—134 und L. Seuffert a. a. O.

[2]) Vgl. noch Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 26 ff., Gruchot Bd. 34 S. 777 ff. u. Sächs. Arch. Bd. 1. S. 12 ff.; ferner (bez. der Pfandrechtsth.) Endemann in Buschs Z. Bd. 12 S. 535; Oetker das. Bd. 14 S. 5 u. v. Schrutka-Rechtenstamm in der d. Litteraturz. Bd. 10 S. 950.

[3]) Vgl. hiezu Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 15 und im Sächs. Arch. Bd. 1. S. 10; ferner Wächter, „Die materielle Seite des K." S. 31, 32. O.-L.-G. Dresden 24. März 1887 u. 16. Nov. 1889 Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 209 u. 559 u. O.-L.-G. Hamburg 10. März 1890, Hans. Gerichtsz. Bd. 11. (Beibl.) S. 136.

pflichtet, was sich sofort geltend macht, wenn das Verfahren aufgehoben wird. Soweit der K.-V. bei Ausführung des ihm erteilten staatlichen Auftrags die dem Gemeinschuldner entzogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse ausübt, handelt er an Stelle des Gemeinschuldners, dem an sich die Verwaltung des Vermögens zusteht und die Befriedigung der Gläubiger obliegt. Er muss hienach als dessen Vertreter angesehen werden. Er befindet sich in einer ähnlichen Lage, wie die gerichtlich ernannten Liquidatoren einer Handelsgesellschaft (Art. 133), bezüglich deren nicht bestritten werden kann, dass sie die Gesellschaft vertreten. (Art. 135 und 137 H.-G.-B.) Diese Stellung des K.-V. ist auch keineswegs unverträglich mit den Vorschriften der K.-O., insbesondere nicht mit seiner Stellung zu den K.-Gl. und mit der Thätigkeit, welche er dem Gemeinschuldner gegenüber zu entwickeln hat. Aus dem Umstand, dass er in erster Linie die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, deren Befriedigung der Hauptzweck des Verfahrens ist, sowie daraus, dass der Gemeinschuldner nicht handlungsunfähig wird, vielmehr Rechte und Verbindlichkeiten hat, erklärt es sich, dass der K.-V. den Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten, ebenso aber auch dieser letztere ihm gegenüber seine Rechte (z. B. den Anspruch auf Unterhalt gemäss § 1 Absatz 2) geltend machen und es auf diese Weise sogar zu Prozessen swischen beiden kommen kann. Wenn der K.-V. mit dem Gemeinschuldner, dessen allgemeiner Vertreter er nicht ist, sondern den er nur insoweit vertritt, als es sich um die Verwaltung der Konkursmasse handelt, ein Rechtsgeschäft (z. B. einen Vergleich) abschliesst oder einen Prozess führt, hat er hienach nicht zwei sich widerstreitende Parteirollen, ist insbesondere nicht gleichzeitig Kläger und Beklagter. Er handelt vielmehr in solchen Fällen nur als Verwalter der Konkursmasse, bezüglich deren er die Rechte des Gemeinschuldners gemäss § 5 ausübt, während dieser letztere Vermögensrechte geltend macht, welche nicht zur Konkursmasse gehören und deshalb durch das Kv. nicht berührt werden. Ähnliche Verhältnisse bestehen auch anderwärts, soweit von dem Vermögen bestimmter Personen ein Sondervermögen ausgeschieden ist, insbesondere bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.[1]) Zu Streitigkeiten zwischen dem K.-V. und dem Gemeinschuldner kann es insbesondere bezüglich der Frage kommen, ob ein bestimmter Gegenstand zur Masse gehört. Ferner kann der Gemeinschuldner Klage auf Herausgabe des Erlöses oder auf Ersatz dafür erheben, wenn der K.-V. Sachen, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, zur Masse gezogen und veräussert hat.[2]) Die Übertragung der Ausübung des Anfechtungsrechtes auf den K.-V. steht nicht im Widerspruch mit seiner Stellung als Vertreter des Gemeinschuldners. Die Sache liegt zwar hier anders als bei der Klage des Vormunds auf Nichtigerklärung einer vom Mündel vorgenommenen Handlung, weil die nach §§ 6 und 22 ff. K.-O. angefochtene Handlung für den Gemeinschuldner verbindlich bleibt. Aber die Befugnis des K.-V., die in § 6 vorgesehene relative Nichtigkeit geltend zu machen und die Rückgewähr des durch eine anfechtbare Handlung Weggegebenen oder Veräusserten zur Masse zu fordern, schliesst nicht aus, dass er in andern Richtungen den Gemeinschuldner vertritt. Zwar werden die Handlungen als „den K.-Gl. gegenüber unwirksam" angefochten; dieser Ausdruck hat aber nur die Bedeutung, dass die angefochtenen Handlungen den Umfang der Befriedigungsmasse nicht beeinträchtigen dürfen (Bem. 5 zu § 6). Es kann sich hienach lediglich fragen, bei welchen Handlungen der K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. Jedenfalls handelt er in dieser Eigenschaft, wenn er neue Rechtsgeschäfte abschliesst, insbesondere das Geschäft des Gemeinschuldners fortsetzt oder Dritten gegenüber die dem Gemeinschuldner zustehenden Ansprüche geltend macht und zum Zweck der Durchführung derselben Klage erhebt oder sich gegen solche Klagen, welche gegen ihn als Verwalter der Masse gerichtet sind, und deren Verminderung bezwecken, insbesondere gegen Aussonderungs- und Absonderungsansprüche verteidigt. Hier muss eine Stellvertretung des Gemeinschuldners unbedingt stattfinden und müssen die

[1]) Vgl. Petersen in Gruchot Bd. 34 S. 790 und im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 26 ff.

[2]) O.-L.-G. Kiel, 29. Sept. 1887, Schl.-Holst. Anz. 1887 S. 355.

Handlungen des K.-V. und die ergehenden Urteile für den Gemeinschuldner bindend sein. In allen derartigen Prozessen kann nur dieser letztere, der nach wie vor Subjekt des die Konkursmasse bildenden Vermögens ist, als Partei angesehen werden.[1]) Da ihm die Verfügungsgewalt über dieses Vermögen entzogen ist und an seiner Stelle vom K.-V. ausgeübt wird, bleibt für diesen keine andere Stellung als die eines Vertreters des Gemeinschuldners. Als solcher muss der K.-V. aber auch angesehen werden, soweit er Handlungen des Gemeinschuldners nach § 6 als nichtig anficht und die Herausgabe der veräusserten Gegenstände verlangt oder gemäss § 29 das Anfechtungsrecht ausübt, obgleich diese Nichtigkeitsklage und das Recht der Anfechtung bloss im Interesse der K.-Gl. eingeführt ist und dem Gemeinschuldner selbst auch nach Beendigung des Kv. nicht zusteht. In beiden Richtungen handelt es sich wesentlich darum, der Konkursmasse Gegenstände zu erhalten, welche vom Gemeinschuldner Dritten zugewendet worden sind oder zugewendet werden sollen, bezw. die Rückgewähr des Veräusserten oder Weggegebenen herbeizuführen. Den K.-Gl. steht das auf die §§ 22 ff. der K.-O. gegründete Anfechtungsrecht nicht zu, welches keineswegs mit dem ausserhalb des Kv. bestehenden Anfechtungsrecht der einzelnen Gläubiger identisch ist, sich vielmehr bezüglich seiner Voraussetzungen (vgl. insbes. § 23 K.-O.) wie hinsichtlich seiner Wirkungen (§§ 30—32 u. § 34 K.-O.) wesentlich von diesem Anfechtungsrechte unterscheidet; seine Ausübung ist vielmehr ausschliesslich dem K.-V. eingeräumt und zwar in seiner Eigenschaft als Verwalter des dem Gemeinschuldner gehörigen, die Masse bildenden Vermögens. Wie der Gemeinschuldner Subjekt dieses Vermögens ist, muss er auch in den auf sein Vermögen bezüglichen, dessen Vermehrung oder Erhaltung bezweckenden, Prozessen als Subjekt gelten (Bem. I. 5 zu § 8 ff.). Er wird Eigentümer der zurückgewährten Gegenstände und bleibt dies auch, wenn das Kv. zufolge eines Zwangsvergleichs beendigt wird. Aus seinem Vermögen werden die dem Anfechtungsbeklagten zu erstattenden Gegenleistungen entnommen und er haftet für die dem K.-V. auferlegten Prozesskosten, soweit die Masse nicht ausreicht, mit seinem übrigen Vermögen. Gegen ihn, nicht gegen die K.-Gl. sind die Anfechtungsprozesse fortzusetzen, welche der Anfechtungsbeklagte nach Aufhebung des Kv. wegen der Prozesskosten weiter führen will (Bem. 2 zu § 29). Wenn der K.-V. in einem gegen ihn als Vertreter des Gemeinschuldners eingeleiteten Prozesse, in welchem der Gegner wegen einer Forderung an den Gemeinschuldner, bezw. eines Aussonderungs- oder Absonderungsanspruchs Klage erhoben hat, das Anfechtungsrecht durch Einrede geltend macht, muss angenommen werden, dass er auch in letzterer Beziehung als Verwalter der zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Konkursmasse, d. h. als dessen Vertreter handelt. Andernfalls wäre nicht abzusehen, wie er dazu kommen könnte, das Anfechtungsrecht in diesem Prozesse durch Einrede geltend zu machen. So wenig er als Nebenintervenient in einem zwischen dritten Personen geführten Prozess das Anfechtungsrecht ausüben könnte,[2]) so wenig wäre er hiezu in einem für den Gemeinschuldner geführten Prozess berechtigt, wenn das Anfechtungsrecht den Gläubigern zustände und er dasselbe als deren Vertreter ausübte. Anders liegt die Sache aber auch nicht, wenn derselbe als Vertreter des Gemeinschuldners einen sonstigen demselben zustehenden Anspruch klageweise geltend macht und eine der Klage entgegengesetzte Einrede oder sonstige Bestreitung dadurch zu entkräften sucht, dass er das Anfechtungsrecht auf dem Wege der Replik ausübt. In allen diesen Fällen handelt es sich in erster Linie darum, ob ein dem Gemeinschuldner zustehender oder gegen denselben gerichteter Anspruch an sich begründet ist. Erst in zweiter Linie kommt das Anfechtungsrecht in Betracht. Von der einen oder andern Seite wird ein Anspruch geltend gemacht, bei dem der Gemeinschuldner Subjekt des geltend gemachten Rechtes oder der behaupteten Verbindlichkeit

[1]) Schultze, Konkursr. S. 85; v. Wilmowski S. 31; O.-L.-G. Kiel 31. März 1887; Schl.-Holst. Anz. 1888 S. 24.

[2]) R.-G. 7. April u. 20. Nov. 1886 sowie 11. April u. 18. Febr. 1888, Gruchot Bd. 30 S. 941, Entsch. Bd. 17 S. 33, 34; Jur. Woch. 1888 S. 195 u. Puchelts Z. Bd. 20 S. 209 ff.; rhein. Arch. Bd. 78 II. S. 81, Seuffert Arch. Bd. 45 S. 215.

ist. Der K.-V. hat hiebei überall die Aufgabe, der Konkursmasse einen bestimmten, zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Bestandteil zu erhalten.[1]) Sind diese Ausführungen richtig, so darf der K.-V., wenn er von seinem Anfechtungsrecht im Zwangsvollstreckungsverfahren Gebrauch macht, auch nicht als ein „Dritter" im Sinne des § 690 der C.-P.-O. behandelt werden.[2]) Wenn angenommen wird, der K.-V. sei im allgemeinen Vertreter des Gemeinschuldners, so ergiebt sich daraus auch mit Notwendigkeit, dass der letztere in den vom K.-V. geführten Prozessen Partei ist. Die Annahme, dass der K.-V. selbst Partei sei, lässt sich schon deshalb nicht aufrecht erhalten, weil dieser den Prozess nicht im eigenen Namen und für eigene Rechnung führt, insbesondere nicht im Falle des Unterliegens die Prozesskosten zu tragen hat. Die Auffassung, dass der K.-V. zwar aussergerichtlich, aber nicht vor Gericht den Gemeinschuldner vertrete, ist aber auch sonst kaum durchzuführen.[3])

2. Wirksamkeit der vom Konkursverwalter vorgenommenen Rechtshandlungen. Verantwortlichkeit desselben.

Die einzelnen Befugnisse des K.-V. sind im zweiten Buche (§§ 107 ff.) geregelt. Im allgemeinen ist zu bemerken, dass derselbe berechtigt ist, alle Eigentumsbefugnisse des Gemeinschuldners auszuüben, soweit das Gesetz selbst ihm nicht besondere Schranken auferlegt. Bezüglich der Prozessführung und der sich aus der Parteistellung des Gemeinschuldners für diese ergebenden Folgerungen vgl. Bem. I. 5—8 zu §§ 8—10. Soweit es sich um das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen" handelt, hat der K.-V. alle diejenigen Befugnisse, die ohne das Kv. dem Gemeinschuldner zustehen würden. Auch sind die von jenem vorgenommenen Handlungen für diesen ebenso bindend wie die Handlungen eines Bevollmächtigten, was sich aus der rechtlichen Stellung des K.-V. erklärt (Bem. III. 1). Der K.-V. ist jedoch, da seine Vollmacht auf dem Gesetz beruht, vom Gemeinschuldner ganz unabhängig. Dieser kann sich, wenn er seine Interessen gefährdet glaubt, lediglich an das Konkursgericht wenden, unter dessen Aufsicht der K.-V. steht. (§§ 75 und 76.) Als allgemeine Richtschnur für die Verwaltung dient die Vorschrift des § 74, „dass der Verwalter die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat". Bezüglich einzelner Handlungen muss derselbe (nach §§ 121—123) die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einholen. Hat er dies unterlassen, so bleiben die von ihm vorgenommenen Handlungen Dritten gegenüber dennoch in Kraft (§ 124). Auch soweit der K.-V. der erwähnten Genehmigung bedarf, braucht er, um handeln zu können, einen Nachweis derselben nicht zu führen. Nach aussen hin genügt vielmehr der Nachweis seiner Bestellung (§ 73).[4]) Die Handlungen des K.-V., insbesondere die von ihm abgeschlossenen Verträge und geführten Prozesse, belasten die Konkursmasse (§§ 51 u. 52) als das dem Vertretenen gehörige Vermögen. Ein Schadenersatzanspruch kann hienach als Masseforderung geltend gemacht werden.[5]) Für eine solche Masseforderung haftet regel-

[1]) So auch v. Wilmowski S. 34 ff.; Vorb. 2 I. u. III. zu § 1, v. Mandry § 50 S. 472, 473; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 45 ff., Bd. 10 S. 24 und 30—42, Gruchot Bd. 34 S. 789 und Sächs. Arch. Bd. 1 S. 36 ff.; Willenbücher S. 18 Nr. 3; Fitting § 5 S. 31 und § 17 S. 156; Eccius Bd. 1 § 116 Anm. 26. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 64 ff.; Dernburg Bd. 2 § 115 Anm. 17; Otto, S. 156 ff.; Grützmann S. 204; Jäckel S. 196 ff.; Korn S. 24; Cosack S. 231 ff., bes. S. 234; Menzel S. 287, 288; Wach, Handb. Bd. 1 S. 589.

[2]) Vgl. Dernburg Bd. 2 § 115 Anm. 15. A. M. R.-G. (VI.) 9. Mai 1887 u. 16. Jan. 1890, Entsch. Bd. 18 S. 393 u. Hans. Gerichtsz. Bd. 11 (Beibl.) S. 68.

[3]) Vgl. hiezu Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 6 und 28 ff. A. M. Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 731, Bd. 34 S. 147, 148.

[4]) O.-L.-G. Dresden 31. Jan. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. 3 S. 11 ff.; R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, Jur. Woch. S. 99.

[5]) R.-G. (I.) 1. Dez. 1886, Jur. Woch. 1887 S. 14.

mässig auch der Gemeinschuldner selbst, da der K.-V. als sein Vertreter anzusehen ist (Vorbem. 2 zu §§ 50—53). Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn der K.-V. eine nicht zur Masse gehörige Sache veräussert hat. Jedoch kann der Eigentümer Schadensersatz nicht verlangen, wenn er selbst den Schaden verschuldet, z. B. dem K.-V. die Meinung beigebracht hat, dass die Sache zur Konkursmasse gehöre.[1]) Hat der K.-V. einen zur Masse gehörigen Schadensersatzanspruch geltend gemacht, so können die einzelnen K.-Gl. nicht ihrerseits nochmals Schadensersatz fordern und zwar selbst dann nicht, wenn Art. 225a des H.-G.-B. zutrifft.[2])

3. *Aufgabe des Konkursverwalters im allgemeinen. Umfang seiner Befugnisse.*

Der K.-V. hat die zur Masse gehörigen Gegenstände zu verwerten und, so lange dies nicht geschehen kann, zu verwalten. Diese Aufgabe lässt sich nicht immer auf einfache Weise lösen; vielmehr kann hiezu, namentlich wenn es sich um Fortführung eines Geschäftes handelt, die Vornahme von selbständigen Rechtshandlungen und die Übernahme neuer Verbindlichkeiten notwendig sein. In solchen Fällen ist der K.-V. berechtigt, alles zu thun, was mit dem Zwecke vereinbar ist, die Masse und die in ihr enthaltenen Rechte zu verwerten. Insbesondere ist er befugt, neue Rechtsgeschäfte einzugehen und die noch fehlende Unterschrift des Gemeinschuldners zu ergänzen. Auch der Abschluss von Kauf- oder Darlehensverträgen sowie die Verpfändung von Massegegenständen kann sich als notwendig erweisen. Alle diese Handlungen nimmt der K.-V. nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung vor. Die Vertretereigenschaft kann ihm deshalb nicht abgesprochen werden. Durch die in dieser Weise übernommenen Verbindlichkeiten wird denn auch der Gemeinschuldner verpflichtet und diese Verpflichtung kann geltend gemacht werden, wenn das Kv. aufgehoben worden ist. Die Vertretung des K.-V. bezieht sich zwar nur auf den Umfang des Kv., aber auf alle zu diesem in Beziehung stehenden Rechtshandlungen, also auch auf die von einem Absonderungsberechtigten betriebene Zwangsvollstreckung. Die Zustellungen in diesem Verfahren haben, da der abgesonderte Gegenstand zur Masse gehört (Bem. II. 3 zu § 3), nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den K.-V. zu geschehen.[3])

Zu Freigebungen aus der Masse ist der Kv., sofern die in Frage stehenden Gegenstände in vorteilhafter Weise verwertet werden können, nicht befugt. Ebensowenig darf er aus dem Bestand der Masse etwas verschenken, insbesondere nicht Forderungen des Gemeinschuldners erlassen. (V. §§ 107 u. 121.)[4]) Doch kann es gerechtfertigt sein, dass er die Verwertung bestimmter Sachen, weil dabei ein Überschuss über die Kosten nicht zu erwarten ist, unterlässt oder auf die Geltendmachung gewisser Forderungen oder sonstiger Ansprüche, weil dieselben bestritten sind und voraussichtlich nur Kosten für die Masse entstehen, verzichtet. Tritt ein solcher Fall ein, so steht, wenn auf die Heranziehung zur Konkursmasse endgültig verzichtet wurde, die Verfügung über die fraglichen Gegenstände oder Forderungen dem Gemeinschuldner zu. Dieser kann nun, da die Beschränkung des § 5 weggefallen ist, auf seine Gefahr und Kosten die Verwertung bezw. die Durchführung eines Prozesses unternehmen (§§ 8 ff. Bem. I. 2). Auch soweit es sich um das Anfechtungsrecht handelt, hat der K.-V. allein darüber zu entscheiden, ob dieses mit Erfolg ausgeübt werden kann oder ob es vorteilhafter ist, davon abzusehen. In dieser Hinsicht ist gleichfalls § 74 massgebend.

[1]) R.-G. (I.) 23. März 1889, Jur. Woch. S. 208.
[2]) R.-G. (VI.) 25. April 1889, Jur. Woch. S. 232.
[3]) Ldg. Zabern 4. Mai 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8. S. 528.
[4]) R.-G. (VI.) 10. Mai 1886, Bl. f. R.-A. Bd. 51 S. 431.

4. *Wechselrechtliche Fragen. Befugnis zur nachträglichen Unterschrift. Präsentation und Protest.*

Mit Recht wurde in den Mot. bemerkt, wenn von dem Gemeinschuldner ein Wechselaccept mit der Berechtigung erworben worden sei, jederzeit auf dasselbe seinen Namen als Aussteller zu setzen, er aber bisher dies zu thun versäumt habe, dürfe der K.-V. um das Accept verwertbar zu machen, die fehlende Unterschrift ausfüllen. Eine besondere Vorschrift wurde ungeachtet der abweichenden Urt. des preuss. Obertr. vom 31. März 1857 und vom 12. Dez. 1865 (Entsch. Bd. 35 S. 445 ff., Striethorst Bd. 60 S. 293) für entbehrlich gehalten, weil das Gesetz nur den Grundsatz aufzustellen und dessen Anwendung der Praxis zu überlassen habe. Der dargelegten Ansicht ist zuzustimmen. Das Recht der Ausfüllung des Wechsels haftet, wie vom R.-O.-H.-G. am 4. Sept. 1874 (Entsch. Bd. 14 S. 54 ff.) mit Rücksicht auf die Erben des Blankettempfängers ausgeführt wurde, „keineswegs an der Person des Empfängers, kann vielmehr, soweit nicht eine besondere Abrede entgegensteht, auch auf dritte Personen übertragen werden.“ Der K.-V. hat sowohl seinen Namen als denjenigen des Gemeinschuldners beizufügen.[1])

Bestritten ist, ob die Präsentation zur Zahlung sowie die Protesterhebung mangels Zahlung, deren Notwendigkeit durch das Kv. nicht beseitigt wird, bei dem in Konkurs geratenen Acceptanten selbst zu erfolgen habe, wie mit Rücksicht auf die formale Bedeutung des Protestes von der einen Seite behauptet wird, oder ob dieselbe bei dem K.-V. als dessen Vertreter geschehen müsse. Auch entsteht derselbe Zweifel, wenn es sich um Protest mangels Annahme bei dem im Konkurs befindlichen Bezogenen oder um Präsentation und Protesterhebung bei dem Domiciliaten handelt. In allen diesen Fällen kann die Protesterhebung in wirksamer Weise bei dem Gemeinschuldner und nur bei diesem selbst erfolgen, da nur dessen Unfähigkeit oder Mangel an Bereitwilligkeit zur Zahlung festgestellt werden muss und der Wechselinhaber nicht verpflichtet ist, sich an eine andere Person zu wenden. Der Einwand, dass der Gemeinschuldner nach § 5 nicht mehr über die Masse verfügen, also auch nicht gültig zahlen könne, folglich die Unmöglichkeit, Zahlung zu erlangen, durch die Präsentation bei dem Verwalter und den darauf gefolgten Protest in genügender Weise festgestellt werde, ist nicht durchschlagend; denn es besteht die Möglichkeit, dass der Gemeinschuldner durch einen Dritten, z. B. durch einen Regresspflichtigen, in die Lage gesetzt wird, Zahlung zu leisten.[2]) Wurde der Gerichtsvollzieher von dem Gläubiger ausdrücklich beauftragt, den Protest sowohl dem Gemeinschuldner als dem K.-V. gegenüber zu bewirken, so muss derselbe übrigens diesem Auftrag Folge leisten und kann auch die ihm dafür zustehenden Gebühren beanspruchen.[3])

5. *Annahme von letztwilligen Verfügungen. Verzicht auf dieselben.*

Bezüglich letztwilliger Verfügungen steht dem K.-V. die Befugnis zur Annahme oder Ausschlagung nur dann zu, wenn die Erbschaft bezw. das Vermächtnis überhaupt zur Konkursmasse gehört. (Bem. III. 3 zu § 1.) Erbschaften und Vermächtnisse, die erst nach der K.-E. erworben werden oder als nachher erworben gelten, fallen nicht in die Konkursmasse. Vielmehr ist es lediglich Sache des Gemeinschuldners, ob er dieselben annehmen oder darauf verzichten will. Dagegen steht dem K.-V. die Entscheidung darüber zu, ob eine von dem Gemeinschuldner angetretene Erbschaft zur Masse gezogen werden soll oder nicht. Will er Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgeben, so muss er

[1]) V. insbes. v. Sarwey S. 32; v. Völderndorff Bd. 1 S. 130; v. Wilmowski S. 59; Dernburg Bd. 2 § 115 Anm. 14.

[2]) V. insbes. Plenarentsch. des R.-O.-H.-G. vom 25. Mai 1878, Entsch. Bd. 24 S. 22; R.-G. (I.) 17. April 1880, Entsch. Bd. 2 S. 23; ferner: v. Sarwey S. 32; v. Wilmowski S. 58.

[3]) Vgl. Z. f. Gerichtsv. Bd. 1. S. 22.

übrigens nach § 122 Z. 2 die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einholen.

Hat der Gemeinschuldner vor der K.-E. eine Erbschaft erworben, so können die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer, soweit ihnen ein Absonderungsrecht zusteht, abgesonderte Befriedigung aus den Nachlassgegenständen verlangen (§ 43). Reicht der Nachlass nicht hin, um alle Ansprüche der erwähnten Personen zu befriedigen, so können sich diese, soweit sie nicht befriedigt wurden, an die Konkursmasse halten, aus welcher alle dem Erben obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen sind. In dieser Beziehung sind sie aber als einfache K.-Gl. anzusehen. Sie bleiben übrigens, sofern sie nicht vollständig befriedigt wurden, auch Gläubiger des Gemeinschuldners.

§ 6.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig.

Dem andern Teile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermutet, dass sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.

(E. § 6; M. S. 35 ff.; K. S. 9 ff.; pr. K.-O. §§ 5 u. 43).

I. Nichtigkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen.
(Abs. 1 und 3.)

1. Allgemeine Bemerkungen.

Aus § 5 Abs. 1 folgt von selbst, dass diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche die durch diese Bestimmung ihm entzogene Befugnis voraussetzen, unwirksam sind, wenn sie nach der K.-E. vorgenommen wurden. Es hätte deshalb einer ausdrücklichen Bestimmung, wie sie Abs. 1 des § enthält, gar nicht bedurft, um den K.-Gl. bezw. dem K.-V. gegenüber die Wirksamkeit derartiger Handlungen auszuschliessen, welche eine Wirkung auf die Masse ausüben können. Rechtshandlungen, welche die Konkursmasse nicht berühren, werden auch nicht durch die Vorschrift des § betroffen, bleiben vielmehr zu Recht bestehen. Dies gilt besonders von Zahlungen, welche der Gemeinschuldner aus andern Mitteln leistet, sowie von der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten, welche Einfluss auf die Masse nicht ausüben. Die Vorschrift ausdrücklich auf solche Rechtshandlungen zu beschränken, welche „sich auf die Konkursmasse beziehen“, oder „das zur Masse gehörige Vermögen betreffen“, oder „über das dem Kv. unterliegende Vermögen vorgenommen worden sind“, wurde deshalb unterlassen, weil man fürchtete, dadurch auch solche (besonders neu eingegangene) Rechtsgeschäfte auszuschliessen, welche in der That einen Einfluss auf die Masse ausüben. (M. S. 36, 37; K. S. 9 und 10.) Die Auffassung, dass auch die auf den neuen Erwerb bezüglichen Handlungen, z. B. ein nach der K.-E. erfolgter Verzicht auf eine Erbschaft, nach § 6 nichtig seien, ist unhaltbar. Die Handlungen, welche die Konkursmasse, also auch die K.-Gl., gar nicht berühren, können ebensowenig durch § 6 betroffen werden, wie diejenigen, welche sich überhaupt nicht auf das Vermögen

beziehen. Sonst wären auch diejenigen Handlungen nichtig, welche der Gemeinschuldner in Folge eines neubegründeten Geschäftes vornimmt.[1])

Eine Handlung berührt die Masse nicht bloss dann, wenn sie die Wirkung hat, den Bestand derselben zu vermindern. Vielmehr fallen auch diejenigen Handlungen, welche auf die Befriedigung einzelner K.-Gl. hinwirken und geeignet sind, diese letzteren besser oder schlechter zu stellen, unter die Vorschrift des §. Auch kann dieser zur Anwendung kommen, obgleich sich weder eine unmittelbare Benachteiligung der Masse als solcher noch die eines einzelnen K.-Gl. nachweisen lässt. Nicht bei jeder Handlung ist von vornherein zu übersehen, ob und inwieweit sie die Masse berührt. Deshalb wurde die Vorschrift nicht auf solche Rechtshandlungen beschränkt, „durch welche die Masse benachteiligt oder das Rangverhältnis der Gläubiger verändert wird." Dem Gemeinschuldner selbst ist keinerlei Einwirkung auf die Masse gestattet. Andererseits ist anzunehmen, dass der K.-V., wenn durch die nichtige Handlung ein Vorteil für die Masse erzielt wurde, die Handlung genehmigen wird.

2. Bedeutung des Wortes „Rechtshandlungen."

Dem Gegenstande nach ist der Kreis der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche unter die Vorschrift des § fallen, in der Bem. I. 1 bezeichnet. Die Anführung von Beispielen, wie sie § 5 der pr. K.-O. enthielt, wurde weder für notwendig noch für empfehlenswert gehalten. (M. S. 37.) Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, statt „Rechtshandlungen" zu sagen „Verfügungen" wurde zurückgezogen, nachdem bemerkt worden war: „Unter einer Rechtshandlung im Sinne von § 6 sei jede verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners zu verstehen, welche eine Rückwirkung auf die Masse haben könne. Es brauche sich nicht immer um neu eingegangene Rechtsgeschäfte, sondern könne sich auch um Übernahme accessorischer Verbindlichkeiten, um Anerkenntnis bereits vor der K.-E. eingegangener Verpflichtungen u. s. w. handeln". (K. S. 9 und 10.) Hienach ist jede Thätigkeit des Gemeinschuldners, welche als Ausübung des Verwaltungs- oder Verfügungsrechtes über das zur Masse gehörige Vermögen desselben erscheint, als nichtig anzusehen, ohne dass es darauf ankommt, ob sie gerade als „Rechtsgeschäft" oder als „Verfügung" über die Konkursmasse bezeichnet werden kann oder ob sie eine Benachteiligung der K.-Gl. thatsächlich zur Folge hat. Insbesondere sind diejenigen Handlungen nichtig, durch welche eine auf die Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellte Bedingung erfüllt wird. (M. zu § 60 S. 279.)

3. Rechtshandlungen von Bevollmächtigten des Gemeinschuldners.

Im Gesetz ist nur von Rechtshandlungen die Rede, welche der „Gemeinschuldner" vorgenommen hat. Die Masse kann aber auch durch solche Handlungen betroffen werden, welche von einem Stellvertreter desselben vorgenommen wurden. Bezüglich solcher Rechtshandlungen besondere Bestimmungen zu treffen, wurde unterlassen, weil man die Entscheidung der einzelnen Fälle der Rechtslehre und Rechtssprechung überlassen wollte. (M. S. 37 ff.) Eine folgerichtige Anwendung des Abs. 1 führt zu dem Ergebnis, dass alle diejenigen nach der K.-E. vorgenommenen Rechtshandlungen, welche nichtig wären, wenn sie der Gemeinschuldner selbst vorgenommen hätte, auch dann nichtig sind, wenn sie von einem Bevollmächtigten vorgenommen wurden, und dass alle entgegenstehenden landesrechtlichen Vorschriften ihre Geltung verloren haben. Die in § 6 angedrohte Nichtigkeit tritt, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen (vergl. § 7), auch dann ein, wenn die Personen, welche mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen, von der K.-E. keine Kenntnis

[1]) So auch v. Sarwey S. 34, 35; Meisner S. 41; v. Wilmowski S. 62, 63; Willenbücher S. 20. A. M. v. Völderndorff Bd. 1. S. 138 u. Meves S. 21.

hatten. Die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen können aber unter allen Umständen nur dieselbe Wirkung haben, wie wenn sie vom Gemeinschuldner selbst ausgegangen wären. Es kann hienach nicht darauf ankommen, ob der Dritte, der mit einem Bevollmächtigten verhandelte, zur Zeit der Handlung wusste, dass das Kv. über den Auftraggeber verhängt sei. Art. 1211 der bayer. Pr.-O., der eine davon abweichende Vorschrift enthielt, ist schon nach § 4 des E.-G. aufgehoben, würde aber jedenfalls durch die Vorschrift des § 6 beseitigt. Ebenso kann die Bestimmung des preuss. A. L.-R. (I. 13 § 200), nach welcher ein mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenes Geschäft dann in Kraft bleibt, wenn der Dritte erst nachher von der Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erlangt hat, soweit es sich um das Kv. handelt, keine Anwendung mehr finden. Auch diejenigen Vorschriften, nach welchen das Erlöschen der Vollmacht oder der Prokura einem Dritten nicht entgegengehalten werden kann, wenn er davon keine Kenntnis hatte oder es nicht vorschriftsmässig bekannt gemacht wurde (Art. 2008 C. c. u. Art. 46 H.-G.-B.), können der Anwendung des § 6 nicht im Wege stehen. Es handelt sich hier nicht um ein Erlöschen der Vollmacht oder Prokura; die Vollmacht behält vielmehr ihre volle Kraft. Die vom Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen sind ungeachtet des Kv. ebenso zu beurteilen, als ob sie der Auftraggeber selbst vorgenommen hätte.

4. Zeit, zu der die Rechtshandlung vorgenommen wurde. (Abs. 3.)

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner oder ein Bevollmächtigter desselben vor der K.-E., d. h. vor der Stunde, welche nach § 100 massgebend ist, vorgenommen hat, werden durch die Vorschrift des § 6 nicht betroffen, unterliegen vielmehr nur unter Umständen der Anfechtung (§§ 22 ff.). Da die Stunde, zu der die Vornahme der Handlung erfolgte, nicht immer leicht festzustellen ist, wird in Abs. 3 die Vermutung aufgestellt, dass die am Tage der K.-E. vorgenommenen Handlungen dieser vorausgegangen seien. Dabei war die Erwägung massgebend, dass nicht nur der Tag, sondern auch der Augenblick, in welchem das in Frage stehende Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, immer feststehen muss, wenn der Tag der Vornahme und der Tag der K.-E. zusammfallen, und dass die aufgestellte Vermutung, gegen welche der Gegenbeweis offen stehe, sich durch den Verdacht rechtfertige, welcher auf den am Tage der K.-E. vorgenommenen Rechtshandlungen ruhe (M. S. 39).

5. Wirkungen der Nichtigkeit. Beschränkung derselben auf die Konkursgläubiger.

Während die Rechtshandlungen, von denen in Titel III (§§ 22 ff.) gehandelt wird, nur der Anfechtung unterliegen, und in voller Wirksamkeit bleiben, so lange sie nicht mit Erfolg angefochten worden sind, gelten die durch § 6 betroffenen Handlungen kraft Gesetzes als unwirksam. Diese Handlungen unterscheiden sich hiedurch wesentlich von den bloss anfechtbaren Handlungen, bei denen von einer eigentlichen Ungültigkeit kaum gesprochen werden kann, diese jedenfalls neben dem Anspruch auf Rückgewähr mehr zurücktritt (vgl. Bem. III. 1 zu § 22.). Die Ungültigkeit ist eine Nichtigkeit. Nicht ein besonderer Umstand ausserhalb der Rechtshandlung ist es, welcher diese ungültig macht. Vielmehr ist sie wegen der fehlenden Verfügungsfähigkeit ohne rechtliche Wirkung. Es bedarf daher nicht erst einer Thätigkeit des K.-V., um die Ungültigkeit herbeizuführen (M. S. 35.). Der Richter muss die Unwirksamkeit, weil es sich nicht um blosse Anfechtbarkeit handelt, von Amts wegen berücksichtigen.[1]) Er darf daher die nichtige Verfügung gegenüber einer

[1]) Vgl. insbes. v. Sarwey S. 38; v. Völderndorff Bd. 1 S. 143; Stieglitz S. 48; v. Wilmowski S. 62; Dernburg Bd. 2 § 114 Anm. 14; Eccius Bd. 1 § 116 Anm. 18; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 49. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 32 und 109 ff.; Fitting S. 219, 220 u. § 24 Anm. 11; Windscheid, Pand. I. § 82 Anm. 8 und § 172a. Anm. 3b u. c.

Klage des K.-V. auch dann nicht als gültig behandeln, wenn dieser es unterliess, die Nichtigkeit ausdrücklich geltend zu machen, und ebenso bei dem Ausbleiben des verklagten K.-V. im Verhandlungstermin nicht Versäumnisurteil erlassen, wenn der Aus- oder Absonderungsanspruch des Klägers auf eine nichtige Verfügung des Gemeinschuldners gestützt wird. In der blossen Unthätigkeit des K.-V. ist eine Gutheissung der nichtigen Verfügung nicht zu finden. Die Nichtigkeit ist jedoch keine absolute, sondern eine relative, da sie nur den K.-Gl. gegenüber wirkt und folglich bloss der K.-V., aber nicht der Gemeinschuldner selbst sich darauf berufen kann. Daraus, dass die Handlungen lediglich „den K.-Gl. gegenüber" nichtig sind, darf nicht geschlossen werden, dass der K.-V., soweit er die Nichtigkeit geltend macht, als Vertreter der K.-Gl. handelt. Die gewählten Worte haben hier keine andere Bedeutung wie bei den Vorschriften über die Anfechtung (vgl. § 5 Bem. III. 1) sowie bei den §§ 7 und 12. Es soll damit nur gesagt werden, dass die Handlungen des Gemeinschuldners insoweit nichtig sind, als die Befriedigung der K.-Gl. aus der Konkursmasse, m. a. W. die Durchführung des Kv., in Frage steht. Daraus folgt, dass solche Handlungen dem mit der Befriedigung der K.-Gl. beauftragten K.-V. nicht mit Erfolg entgegengehalten werden können.[1]) Auch auf das Verhältnis zwischen den Absonderungsberechtigten als solchen und dem Gemeinschuldner bezieht sich die Vorschrift ebensowenig wie auf dessen Verhältnis zu andern Personen, die nicht K.-Gl. sind. Bei Anwendung des Grundsatzes ist übrigens stets festzuhalten, dass die Nichtigkeit nicht in einem Mangel der Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, sondern lediglich darin ihren Grund hat, dass diesem die Befugnis fehlt, über die Konkursmasse zu verfügen. Diese Unfähigkeit ist, was den Gegenstand und die Zeitdauer sowie die in Betracht kommenden Personen betrifft, eine beschränkte. Dadurch wird auch die Nichtigkeit beschränkt. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners kann, obgleich sie ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensstück zum Gegenstande hat, für den Gemeinschuldner selbst und andere Personen verbindlich sein. Auch kann sie unter Umständen selbst den früheren K.-Gl. gegenüber nach Aufhebung des Kv. und nach Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit verbindliche Kraft erlangen. Inwieweit dies der Fall, inwieweit insbesondere Veräusserungen und Verpfändungen von Sachen der Konkursmasse nach Beendigung des Kv. volle Kraft erlangen können, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. (M. S. 36, K. S. 10.)

Man darf übrigens nicht annehmen, dass die Nichtigkeit nach Aufhebung des Verfahrens überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden könne, also auch ein K.-Gl. sich nicht mehr darauf berufen dürfe. Vielmehr darf dieser, wie in der Reichstagskommission (S. 10) hervorgehoben wurde, die Nichtigkeit geltend machen, „insoweit derselbe als K.-Gl. auftritt". Sofern es sich um die Verfügung über ein zur Konkursmasse gehöriges Recht, z. B. um die Veräusserung eines erst nach Beendigung des Kv. ermittelten Massegegenstandes oder die Geltendmachung eines Anspruchs auf Gewährleistung handelt, und soweit der Gläubiger überhaupt ausserhalb des Kv. in die Lage kommt, sich auf die bereits während desselben zur Geltung gekommene Nichtigkeit behufs Aufrechterhaltung des geschaffenen Zustandes zu berufen, ist die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht ausgeschlossen.[2])

[1]) Vgl. hiezu Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 47 ff., Bd. 10 S. 25.

[2]) V. v. Sarwey S. 37, 38; v. Völderndorff Bd. 1 S. 142 Anm. 33, 34; v. Wilmowski S. 63, 64; Stieglitz S. 52; Eccius Bd. 1 § 116 Anm. 18; Dernburg Bd. 2 § 114; v. Mandry S. 102 Anm. 6; Willenbücher S. 21 Nr. 9. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 33; Meisner S. 44 und Fitting S. 220. Erstere nehmen überhaupt an, dass die unter § 6 fallenden Rechtshandlungen nach Aufhebung des Kv. allen früheren Gläubigern gegenüber wirksam sind, Fitting wenigstens dann, wenn der K.-V. die Nichtigkeit nicht während des Kv. geltend gemacht hat.

II. Rückgewähr.

1. Rückgewähr zur Masse.

Bezüglich der Gegenstände, welche der Masse durch eine unter § 6 fallende Rechtshandlung entzogen worden sind, folgt aus der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes von selbst das Recht des K.-V., alles das, was der Gemeinschuldner infolge eines solchen Geschäftes geleistet und der Masse entzogen hat, zurückzufordern. Hat der letztere eine zur Masse gehörige Sache veräussert oder eine Zahlung geleistet, so muss der Empfänger die Sache oder den gezahlten Betrag, auch wenn er im guten Glauben war, herausgeben, mag er zum Empfang der Zahlung an sich berechtigt gewesen sein oder nicht.[1]) Inwieweit er, wenn die Sache nicht mehr oder nicht in dem früheren Zustande zurückgewährt werden kann, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, bestimmt sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes über Rückgewähr des aus einem nichtigen Geschäfte Empfangenen. (M. S. 38.) In dieser Beziehung ist der gute Glaube des Erwerbers erheblich.[2]) Wer zufolge eines mit dem Gemeinschuldner nach der K.-E. abgeschlossenen Rechtsgeschäftes oder durch eine einseitige, nach § 6 nichtige, Verfügung desselben in den Besitz eines zur Masse gehörigen Gegenstandes gelangt ist, muss diesen herausgeben, da er ihn ohne Rechtsgrund besitzt. Schwierigkeiten können nur dann entstehen, wenn der Gegenstand von der betr. Person an einen Dritten weiter veräussert worden ist, weil in diesem Falle die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über die Ansprüche solcher Drittbesitzer zur Anwendung kommen können, und diese verschieden sind. Die Frage, ob in dieser Beziehung nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§ 5 Abs. 2 und § 43 Abs. 2) eine besondere Vorschrift zu erlassen sei, wurde bei Aufstellung des Entw. verneint und darauf hingewiesen, dass die Vorschriften der pr. K.-O. nicht überall auf die verschiedenen Civilrechte anwendbar seien, und dass sie namentlich für die Gebiete des rhein. Rechtes und die Länder, in denen der Grundsatz: „Hand muss Hand wahren“ Geltung habe, ferner auf Art. 74 W.-O. und die Art. 306 und 307 H.-G.-B. sowie auf viele Pfandrechtssysteme nicht passten. (M. S. 38.)

2. Rückgewähr aus der Masse. (Abs. 2.)

Dass die Gegenstände, welche zufolge des nichtigen Geschäftes in die Masse gelangten, von dem K.-V. dann herauszugeben sind, wenn die Rückgewähr der aus der Masse entnommenen Gegenstände von dem andern Teile oder einem Dritten erzwungen werden konnte, ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da der K.-V. diese Gegenstände ohne Rechtsgrund besitzt. Anders liegt die Sache, wenn der Anspruch des K.-V. auf Rückgewähr gar nicht oder nur teilweise verwirklicht wurde. In diesem Falle würde die Masse, wenn das als Gegenleistung Erhaltene herausgegeben werden müsste, immerhin durch das nichtige Geschäft benachteiligt werden; deshalb ist die Gegenleistung nur insoweit zurückzugewähren, als die Masse durch sie bereichert worden ist. Diese Einschränkung ist eine Folge aus der relativen Nichtigkeit, welche nur zugunsten der K.-Gl. bezw. des K.-V. besteht. Ob und inwieweit die Masse als bereichert erscheint, lässt sich, wenn es sich um Leistungen handelt, die in Geld erfolgten oder in Geld angeschlagen werden können, unschwer beurteilen. Auch ist in diesem Falle die Ausgleichung leicht zu bewerkstelligen, indem von der einen oder andern Seite der Überschuss herauszuzahlen ist. Stehen andere Gegenstände in Frage, so hat die Rückgabe in Natur zu geschehen. Auch hat, wenn dies

[1]) V. v. Wilmowski S. 63; Willenbücher S. 20, 21 Nr. 6 u. 10; Stieglitz S. 50 Nr. VII; Fitting S. 222; v. Mandry S. 105 u. Eccius Bd. 1 S. 796 § 116, der nur eine Ausnahme macht bezüglich des guten Glaubens an die Vollständigkeit der im Grundbuch enthaltenen Eintragungen. (V. auch § 106.) A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 145; Meves S. 22; Dernburg Bd. 2 § 114 S. 293.

[2]) V. v. Wilmowski S. 66; Stieglitz a. a. O.; Willenbücher S. 21 Nr. 10.

nicht ausführbar ist, der K.-V. das Recht, die zur Masse gelangten Gegenstände solange zurückzuhalten, bis das ihr Entzogene vollständig ersetzt wurde. Erfolgt die Entschädigung nicht, so hat er, da der Anspruch auf Rückgewähr nur im Falle einer Bereicherung der Masse begründet ist, die Befugnis, die Sache mit den übrigen Massegegenständen zu veräussern, und muss nur den etwaigen Überschuss aus dem Erlös herausgeben.

Der Anspruch auf Rückgewähr begründet nach § 52 Z. 3 eine Masseschuld. Soweit der andere Teil nicht aus der Masse befriedigt werden kann, bleiben ihm seine Entschädigungsansprüche gegen den Gemeinschuldner vorbehalten. Übrigens steht der Anspruch auf Rückgewähr aus der Masse nicht bloss demjenigen zu, mit welchem der Gemeinschuldner ein nach § 6 nichtiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, sondern auch dem Dritten, der einen der Masse entzogenen Gegenstand an diese zurückerstatten musste. In einem solchen Falle ist letzterer, der nicht schlechter gestellt werden darf als derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abschloss, als „der andere Teil" anzusehen. Die Rückgewähr aus der Masse erfolgt an diejenige Person, von welcher an die Masse zurückgewährt werden musste.[1])

§ 7.

Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist.

War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn nicht bewiesen wird, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

(E. § 7; M. S. 39 ff.; K. S. 10 ff.; pr. K.-O. § 7.)

1. Allgemeiner Grundsatz.

Wie die Handlungen und Leistungen, welche von dem Gemeinschuldner ausgingen, so sind auch die nach der K.-E. an ihn geschehenen Leistungen den K.-Gl. bezw. dem K.-V. gegenüber nichtig. Hier ist es besonders deutlich, dass der K.-V., wenn er die Nichtigkeit geltend macht, nicht als Vertreter der K.-Gl. handelt, denn indem er die an den Gemeinschuldner bewirkte Leistung nochmals verlangt, macht er nur einen zur Konkursmasse, also zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Anspruch geltend, welcher den K.-Gl. in keiner Weise zusteht. (Vgl. Bem. I 5 zu § 6.) Die dem Gemeinschuldner zur Zeit der K.-E. zustehenden Ansprüche können hienach vom K.-V. ohne Rücksicht auf die nachher an denselben geschehenen Zahlungen oder sonstigen Leistungen geltend gemacht werden. Der Schuldner ist, soweit nicht der in Abs. 2 und 3 vorgesehene Ausnahmefall vorliegt, von der Verpflichtung zur nochmaligen Leistung nur insoweit befreit, als er nach-

[1]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 148 lit. g. A. M.: v. Wilmowski S. 66 Nr. 4.

weisen kann, dass das Geleistete in die Konkursmasse gelangt ist, die Sache sonach ebenso liegt, als wenn er die Leistung an den K.-V. bewirkt hätte. Die Leistung wird, soweit es sich um die Befugnisse des K.-V. handelt, als nicht geschehen betrachtet; eine Anfechtung derselben ist so wenig erforderlich, wie bezüglich der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Leistungen. Diejenigen Leistungen, welche sich auf einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Anspruch beziehen, werden durch die Vorschrift des § nicht betroffen. Auch wird der Schuldner durch die an den Gemeinschuldner geschehene Leistung diesem gegenüber befreit und kann, falls er zu nochmaliger Leistung angehalten wird, vom Gemeinschuldner Rückersatz verlangen. Selbst wenn es sich um die Leistung eines Absonderungsberechtigten handelt, kommt § 7 zur Anwendung, da der Gegenstand, mit Rücksicht auf welchen die Leistung erfolgt ist, immerhin zur Masse gehört. Soweit die Leistung eines Aussonderungsberechtigten in Frage steht, ist für die Anwendung des § in der Regel kein Raum, weil der auszusondernde Gegenstand nicht zur Masse gehört, es also an einer „zur Konkursmasse zu erfüllenden Verbindlichkeit“ fehlt. Liegt aber diese Voraussetzung vor und verlangt der K.-V. von dem Aussonderungsberechtigten, dessen Recht ja nach § 35 ein persönliches sein kann, nochmalige Leistung, so hat § 7 Anwendung zu finden.

2. *Ausnahmebestimmung der Abs. 2 und 3.*

An sich müsste Abs. 1 auch dann Anwendung finden, wenn der Leistende von der K.-E. keine Kenntnis hatte. Der gute Glaube würde diesem so wenig nützen als dem durch § 6 betroffenen Gläubiger. Aus Billigkeitsgründen wurde aber vorgeschrieben, dass die an den Gemeinschuldner erfolgte Leistung auch dem K.-V. gegenüber wirkt, wenn anzunehmen ist, dass der Schuldner von der K.-E. nichts wusste. Diese Vorschrift hat darin ihren Grund, dass der Schuldner nicht dasselbe Interesse an der Überwachung des Gemeinschuldners hat, wie ein Gläubiger und nicht so leicht wie dieser Kenntnis von der Zahlungseinstellung erlangt, auch von der Nichtigkeit härter als der Gläubiger betroffen wird, indem er doppelt bezahlen muss. (M. S. 39, 40; K. S. 10, 11.)

Die Vorschriften in Absatz 2 und 3 kommen auch dann zur Anwendung, wenn die Leistung von einem Bevollmächtigten des Schuldners vorgenommen wurde. Die Unkenntnis von der K.-E. muss aber dann bei dem Vollmachtgeber und bei dem Bevollmächtigten vorhanden gewesen sein.[1]) Entscheidend ist, soweit es sich um die Unkenntnis des Vollmachtgebers handelt, nicht der Zeitpunkt der Auftragserteilung. Vielmehr fehlt es an den Voraussetzungen zur Anwendung von Abs. 2 oder 3, wenn der Vollmachtgeber vor der Leistung Kenntnis von der K.-E. erlangte und noch in der Lage war, den erteilten Auftrag zu widerrufen, dies aber unterliess.[2])

Die Beweislast bezüglich der Frage, ob die Leistung mit oder ohne Kenntnis der K.-E. erfolgte, ist durch Abs. 2 und 3 verschieden geregelt, je nachdem diese Leistung vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der K.-E. (§ 68) geschehen ist. Im letzteren Falle muss der Erfüllende beweisen, dass ihm die K.-E. nicht bekannt war, im ersten Falle muss ihm die Kenntnis bewiesen werden. In beiden Fällen hat der Richter das Beweisergebnis nach freier Überzeugung zu würdigen. Die Frage, ob § 6 Abs. 3 auch hier Anwendung zu finden hat, ist gegenstandslos, weil die am Tage der K.-E. erfolgte Leistung jedenfalls der öffentlichen Bekanntmachung vorherging, dem Erfüllenden also schon deshalb nachgewiesen werden muss, dass ihm die K.-E. zur Zeit der Leistung bekannt war.

[1]) V. v. Völderndorff. Bd. 1 S. 160, 161; v. Wilmowski § 7 Nr. 2; Stieglitz S. 55; Willenbücher S. 22 Nr. 2c.; Fitting § 24 Anm. 18.

[2]) So v. Völderndorff, v. Wilmowski und Willenbücher a.a. O. Den Zeitpunkt der Auftragserteilung halten Fitting und Stieglitz für entscheidend.

§ 8.

Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 217 der Civilprozessordnung zur entsprechenden Anwendung.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen.

§ 9.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist, können sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner aufgenommen werden.

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozesskosten nicht zur Last.

§ 10.

Konkursgläubiger können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach Massgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen.

(E. §§ 8—10; M. S. 41—49; K. S. 11 ff., 97 ff., 148 ff.; pr. K.-O. § 8.)

Ablehnung der Aufnahme S. 54, 55.
Aktivprozess, Begriff S. 50, 51.
„ Behandlung S. 54 ff.
Anerkenntnis S. 56.
Armenrecht S. 51.
Beendigung des Kv. S. 53.
Handelssachen S. 54.
Kosten S. 51, 52.
Legitimation z. Sache S. 49.
Nebenintervention S. 52, 53.
Parteieneid S. 52.
Parteistellung d. Gemeinsch. S. 51.
Passivprozess, Begriff S. 50, 51.
„ Behandlung S. 56 ff.
Prozessunfähigkeit S. 49.
Verzögerung der Aufnahme S. 54.
Zeugnis d. Gemeinsch. S. 52.
Zuständigkeit S. 54.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Aus den in den §§ 5 und 6 aufgestellten Grundsätzen folgt, dass der Gemeinschuldner durch die K.-E. die Befugnis verliert, Prozesse über das die Konkursmasse bildende Vermögen weiter zu führen, d. h. insbesondere solche, bei denen es sich für die Gegner um deren Befriedigung aus der Konkursmasse handelt (Bem. 5 zu § 6.). Das Recht zur Führung derartiger

Prozesse steht dem K.-V. zu. Dies im Gesetz ausdrücklich auszusprechen, wurde für überflüssig gehalten (M. S. 41 u. 42). Soweit es sich um die unter §§ 8 und 9 fallenden Rechtsstreitigkeiten handelt, fehlt hienach dem Gemeinschuldner die Prozessfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, in diesen Prozessen vor Gericht zu stehen und dieselben selbständig, ohne Vertretung durch den K.-V. zu führen, weil ihm insofern die Verfügungsbefugnis und Verpflichtungsfähigkeit mangelt.[1]) Diese (relative) Prozessunfähigkeit des Gemeinschuldners ergiebt sich aus § 51 C.-P.-O., da derselbe „sich“ zwar durch Verträge verpflichten kann, soweit es sich um sein nicht zur Konkursmasse gehöriges Vermögen handelt, aber diese Masse nach den §§ 5 und 6 K.-O. nicht zu belasten vermag. Jedenfalls ist die Prozessunfähigkeit nach § 50 C.-P.-O. anzunehmen. Zu dem bürgerlichen Recht, auf welches dieser § verweist, gehören auch die §§ 5 u. 6 der K.-O. Dass der Gemeinschuldner nicht handlungsunfähig ist, ändert nichts, da auch durch Entziehung der Verfügungsbefugnis und Verpflichtungsfähigkeit die Notwendigkeit der Prozessführung durch einen gesetzlichen Vertreter geschaffen werden kann.[2]) Die Sache liegt hier ebenso wie bei der Beschlagnahme auf Grund des § 334 St.-P.-O., durch welche gleichfalls Prozessunfähigkeit entsteht, obgleich der Angeschuldigte nicht handlungsunfähig wird.[3]) Will man nicht annehmen, dass der Gemeinschuldner prozessunfähig ist, so muss man jedenfalls zugeben, dass er eines gesetzlichen Vertreters zur Führung der Prozesse bedarf. Es liegt dann einer der Fälle vor, in welchen für eine prozessfähige Person eine gesetzliche Vertretung vorgeschrieben ist.[4]) Unrichtig ist die auch in den Mot. (a. a. O.) dargelegte Auffassung, dass dem Gemeinschuldner die Legitimation zur Sache fehle. Dieser Mangel würde nicht eine Vertretung notwendig machen, sondern zur endgültigen Abweisung der Klage führen. Der Gemeinschuldner ist zur Sache (aktiv oder passiv) legitimiert, weil die Masse zu seinem Vermögen gehört und er der Berechtigte oder Verpflichtete ist. Von einem Mangel der Sachlegitimation könnte nur dann die Rede sein, wenn der K.-V. als Vertreter der K.-Gl. anzusehen wäre. Eine Partei, die an sich zur Sache legitimiert ist, verliert dagegen diese Legitimation nicht dadurch, dass sie einen Prozess durch einen gesetzlichen Vertreter führen muss.[5])

2) Rechtsstreitigkeiten, welche nicht die Masse betreffen, sondern sich lediglich auf die Person des Gemeinschuldners beziehen (Statusklagen, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe oder Gütertrennung, auf Vornahme oder Unterlassung an die Person geknüpfter Handlungen, Klagen auf Rechnungsstellung u. s. w.), werden durch die K.-E. nicht berührt, da der Gemeinschuldner in dieser Beziehung verpflichtungsfähig ist. Solche Klagen können ohne Rücksicht auf das Kv. sowohl vom Gemeinschuldner als gegen ihn erhoben und fortgesetzt werden. Wie die nach der K.-E. erhobene Gütertrennungsklage nicht gegen den K.-V. gerichtet werden muss (Bem. II. 1 zu § 5), so ist es auch nicht seine Aufgabe, einen solchen vor der K.-E. eingeleiteten Prozess weiterzuführen, da dieser sich nicht auf das zur Konkurmasse gehörige Vermögen bezieht und ebensowenig die §§ 9 u. 10 zutreffen. Die von der Ehefrau geltend gemachten Forderungen müssen, soweit deren Befriedigung aus der Konkursmasse verlangt wird, im Kv. angemeldet werden, so dass der K.-V. sie bestreiten kann. Eine nach der K.-E. vom Gemeinschuldner vorgenommene Anerkennung dieser Forderungen ist

[1]) V. R.-G. (III.) 28. März 1882 u. 14. Dez. 1886, Entsch. Bd. 6 S. 400 ff., bes. 408, Jur. Woch. 1887 S. 41; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 61 und im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 29 ff. ; Wach, Handb. Bd. 1 S. 543; v. Sarwey S. 145; v. Wilmowski S. 69; Fitting §§ 5 u. 7 S. 32 u. 54; Willenbücher S. 25. V. dag. R.-G. (I.) 11. Dez. 1884, 18. Febr. 1885 u. (II.) 1. Juli 1890, Entsch. Bd. 14 S. 408; Bolze Bd. 1 Nr. 2176; Jur. Woch. 1890 S. 277.

[2]) V. Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 29 ff. und die dort angegebene Litteratur.

[3]) V. R.-G. (IV.) 25. Sept. 1884, Jur. Woch. S. 269; Wach, Handb. Bd. 1 S. 546 Anm. 37; Petersen a. a. O. S. 31. A. M. Seuffert C.-P.-O. S. 68; Gaupp Bd. 1 S. 115 Nr. 3.

[4]) V. Wach, Handb. Bd. 1 S. 531 u. 589 ff.; Gaupp Bd. 1 S. 115 Nr. III.; Petersen a. a. O. S. 33.

[5]) V. die in Anm. 1 angeführten Schriftsteller. A. M.: v. Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 215; Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 731 ff. u. Bd. 34 S. 147.

nach § 6 nichtig. Eine vorher erfolgte Anerkennung kann auf Grund der §§ 22 ff. angefochten werden. Die Auseinandersetzung bezüglich der zur Zeit der K.-E. noch bestehenden Gemeinschaft und das daraus abgeleitete Absonderungsrecht fällt unter die §§ 14 u. 44 (vgl. die Bem. zu diesen §§). Ebenso verhält es sich mit Prozessen zwischen dritten Personen, z. B. dem pfändenden Gläubiger des Gemeinschuldners und dem Dritten, der Eigentümer der gepfändeten Sache sein will,[1] ferner mit Klagen, die zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch verfolgen, aber einen solchen, der nicht zur Masse gehört, z. B. mit Klagen, welche sich auf dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassene Gegenstände oder auf Ansprüche aus neuen, nach der K.-E. eingegangenen Rechtsgeschäften beziehen. Auch Prozesse über Konkursforderungen gehören hierher, sofern die Befriedigung nicht aus der Masse verlangt wird (Bem. 3). Ist in einem Rechtsstreit über das zur Masse gehörige Vermögen nach der K.-E. eine Entscheidung getroffen worden, ohne dass der K.-V. gehört wurde, so unterliegt diese Entscheidung wie das ganze nach der K.-E. stattgehabte Verfahren nach § 513 Z. 5 C.-P.-O. der Aufhebung.[2]

3) Nach der K.-E. können folglich Prozesse, welche sich auf die Masse beziehen, ohne Mitwirkung des K.-V. weder von dem Gemeinschuldner noch gegen ihn eingeleitet werden. Die in einem sochen Rechtsstreit ergehenden Entscheidungen würden den K.-V. nicht binden. Wie jedoch der Gemeinschuldner dann berechtigt ist, selbst zu klagen, wenn der K.-V. darauf verzichtet hat, den streitigen Gegenstand zur Masse zu ziehen bezw. eine Forderung geltend zu machen, so kann er auch einen begonnenen Prozess weiter führen, wenn der K.-V. die Aufnahme abgelehnt und dadurch erklärt hat, dass er den Gegenstand des Prozesses nicht als Massebestandteil ansehe. Ebenso können die Gläubiger des Gemeinschuldners, wenn sie darauf verzichten, wegen ihrer Ansprüche aus der Masse Befriedigung zu suchen, diese vielmehr nur vom Gemeinschuldner selbst erhalten wollen, gegen den letzteren ohne Rücksicht auf das Kv. Klage erheben, bezw. den anhängigen Prozess dem Gemeinschuldner selbst gegenüber fortsetzen. In solchen Fällen wird die Masse durch den Prozess nicht berührt. Das ergehende Urteil hat dann nur Wirkung für das nicht zur Masse gehörige Vermögen. Die Zustellungen in dem Prozess haben nicht an den K.-V., sondern an den Gemeinschuldner zu erfolgen, der deshalb eine an ihn bewirkte Zustellung nicht als ungültig anfechten kann.[3] § 11 steht derartigen Prozessen nicht im Wege; durch ihn werden nur Arreste und Zwangsvollstreckungen ausgeschlossen.

4) Sind zur Zeit der im Inland erfolgten K.-E.[4] Prozesse bezüglich der Konkursmasse anhängig, so werden sie nach § 218 C.-P.-O. unterbrochen. Es treten von selbst die in § 226 C.-P.-O. vorgeschriebenen Wirkungen dieser Unterbrechung ein, ohne dass es hiezu einer besonderen Zustellung oder Verfügung bedürfte. Bezüglich des weiteren Verfahrens ist zu unterscheiden zwischen denjenigen Prozessen, welche die Aktivmasse betreffen, d. h. Ansprüche zum Gegenstand haben, welche die Teilungsmasse vermehren, und zwischen den Prozessen über die Passivmasse, welche eine Konkursforderung verfolgen, auf Grund deren sich also die Beteiligung an der Verteilung der Masse bestimmt. Letztere Prozesse, deren Entscheidung auf den Betrag des unter die Gläubiger zu verteilenden Vermögens ohne Einfluss ist, dagegen auf die Höhe der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen bestimmend einwirkt, werden zunächst überhaupt nicht fortgesetzt, vielmehr sind die betr. Forderungen im Kv. geltend zu machen (v. Bem. III, § 10 und § 134 Abs. 3). Rechtsstreitigkeiten der ersteren Art können wieder aufgenommen und ohne Rücksicht auf das Kv. zu Ende geführt werden. Die Art und Weise, in welcher die Aufnahme erfolgt, ist durch die §§ 8 und 9 geregelt. Ob ein Prozess für oder gegen

[1]) O.-L.-G. Kiel 29. Okt. 1880, Schl.-Holst. Anz. 1881 S. 10, Juristenzeit. Bd. 5 S. 185.

[2]) R.-G. (IV.) 13. Dez. 1883, Juristenzeit. Bd. 9 S. 509 ff., bes. 512.

[3]) R.-G. (II.) 6. Dez. 1889, Entsch. Bd. 25 S. 17.

[4]) Entsch. des R.-G. Bd. 6 S. 403, Bd. 14 S. 405, 412, Bd. 16 S. 339; O.-L.-G. Karlsruhe 25. April 1890, Bad. Ann. Bd. 55 S. 164.

den Gemeinschuldner anhängig ist, richtet sich danach, ob ein Anspruch des Gemeinschuldners in Frage steht, bezw. ein Anspruch von ihm erhoben wurde, den der K.-V. weiter verfolgen will, oder ob sich der Gemeinschuldner nur gegen einen Angriff verteidigt hat. In der Regel ist der Umstand entscheidend, ob der Gemeinschuldner als Kläger aufgetreten oder verklagt worden ist. Doch ist dies nicht immer massgebend.[1] So ist der Prozess, in welchem dem Gemeinschuldner gegenüber das Nichtvorhandensein eines von ihm behaupteten Rechtes (negativ) festgestellt werden soll oder die Löschung einer Hypothek beantragt wird, für den Gemeinschuldner anhängig, ebenso derjenige Rechtsstreit, in welchem es sich um Rückerstattung eines vom Kläger mittelst vorläufiger Zwangsvollstreckung eingezogenen, vom Gemeinschuldner zurückgeforderten Betrags handelt,[2] sowie der Feststellungsprozess, welcher gegen den Gemeinschuldner als Gläubiger in einem Kv. erhoben worden ist und in welchem das Bestehen einer von ihm bestrittenen Konkursforderung festgestellt werden soll. Der bestreitende Gläubiger will hier durch die Bestreitung der Forderung einen Mitbewerber verdrängen und nötigt diesen dadurch zur Klage.[3] Gerät im Falle einer Hauptintervention der Erstkläger in Konkurs, so ist der unterbrochene Interventionsprozess wie der Erstprozess Aktivprozess im Sinne des § 8.[4])

5) In den Prozessen, welche durch die K.-E. lediglich eine Unterbrechung erfahren, tritt, wenn dieselben überhaupt fortgesetzt werden, der K.-V. an die Stelle des Gemeinschuldners (Bem. I. 2 zu § 2). Nur er kann Prozesse, welche sich auf die Masse beziehen, weiter führen. Von einem Übergang des Rechtsstreites auf eine „Gläubigerschaft" kann nicht die Rede sein, da ein Übergang der Konkursmasse auf dieselben überhaupt nicht stattfindet. Ebensowenig kann der K.-V. selbst als Partei angesehen werden. Der Gemeinschuldner bleibt Subjekt des Prozesses, d. h. Partei (Bem. III. 1 zu § 5 S. 36, 37). Der Prozess wird für sein Vermögen gewonnen oder verloren; die streitigen Ansprüche und Verpflichtungen sind die seinigen geblieben. Das ergehende Urteil erwächst auch für und gegen den Gemeinschuldner in Rechtskraft.[5] Hienach ist es auch nicht angemessen, die „Konkursmasse" als Partei zu bezeichnen. Ob der K.-V. von dem Recht der Aufnahme anhängiger Prozesse Gebrauch machen will, stellt das Gesetz in sein Ermessen. Eine prozessuale Verpflichtung hiezu besteht nicht. Durch sein Amt ist er jedoch dann zur Aufnahme verpflichtet, wenn diese im Interesse der Masse liegt, d. h. für diese voraussichtlich aus der Aufnahme ein Vorteil erwachsen wird.

Das Armenrecht kann der K.-V. in den von ihm als Vertreter des Gemeinschuldners geführten Prozessen nicht verlangen. Die nach § 106 der C.-P.-O. erforderlichen Voraussetzungen hiezu liegen bei derartigen Prozessen nicht vor, da der Unterhalt des Gemeinschuldners und seiner Familie durch sie überhaupt nicht berührt wird, und der Umstand, dass die Konkursmasse durch die Prozesskosten eine Verminderung erfährt oder überhaupt nicht zu deren Bestreitung ausreicht, den Voraussetzungen des § 106 nicht genügt.[6] Für Prozesse, wie sie hier in Frage stehen, ist, wie die §§ 106 und 109 der C.-P.-O. deutlich erkennen lassen, das Armenrecht ebensowenig bestimmt, wie für Prozesse juristischer Personen. Das gilt auch für Anfechtungsprozesse (Bem. 2 zu § 29). Ist die Masse nicht hinreichend, um die Kosten des Kv. zu decken, so ist dieses

1) V. Hullmann S. 83; v. Völderndorff Bd. 1 S. 163; Stieglitz S. 59; v. Wilmowski S. 70; Fitting § 7 Anm. 5 u. S. 58; Willenbücher S. 24. A. M.: Meisner S. 58.

2) R.-G. (IV.) 31. Dez. 1883, Entsch. Bd. 11 S. 398 ff., Buschs Z. Bd. 10 S. 387 ff.

3) R.-G. (I.) 18. Jan. 1886, Entsch. Bd. 16 S. 116.

4) V. Weismann, Hauptintervention S. 150.

5) V. v. Sarwey S. 45, 46; v. Wilmowski S. 70, 71 u. 76; Willenbücher S. 25 Nr. 1; Fitting § 7 Anm. 7; Dernburg Bd. 2 § 115 Anm. 19. A. M.: Schultze S. 97 u. v. Völderndorff Bd. 1 S. 168.

6) Vgl. Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 11 u. in der Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 34; ferner: O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 559.

nach § 190 der K.-O. einzustellen. Zu diesen Kosten gehören aber auch die voraussichtlich erwachsenden Prozesskosten, welche, falls sie der K.-V. zu bestreiten hat, als Massekosten (§ 51) anzusehen sind. Wenn es sich um einen sehr wichtigen Prozess handelt, durch den die Konkursmasse erheblich vermehrt oder eine solche überhaupt erst herbeigeschafft werden kann, können übrigens die K.-Gl. oder die Angehörigen des Gemeinschuldners den K.-V. durch Vorschüsse in die Lage setzen, den Prozess zu führen.[1]) Daraus, dass der K.-V. die Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters hat, folgt, dass er nicht als Prozessbevollmächtigter zu behandeln ist. Wenn er nicht Rechtsanwalt ist, kann er hienach im Parteiprozess nicht unter allen Umständen Gebühren verlangen.[2])

6) Dass der K.-V. die anhängigen Rechtsstreitigkeiten nur „in der Lage, in welcher sie sich befinden", aufnehmen kann, gilt auch für diejenigen Prozesse, von denen in § 9 gehandelt wird. Die Handlungen, welche der Gemeinschuldner später vornahm, binden den K.-V. nicht. Neben § 226 C.-P.-O., nach welchem die während der Unterbrechung vorgenommenen Prozesshandlungen „der andern Partei gegenüber" ohne rechtliche Wirkung sind, kommt hier § 6 K.-O. zur Anwendung. Da der Gemeinschuldner bezüglich der die Konkursmasse betreffenden Prozesse die Prozessfähigkeit verloren hat (Bem. I. 1), so ist nicht ihm, sondern dem K.-V. der Parteieneid zuzuschieben oder aufzuerlegen.[3]) Doch ist, da der Gemeinschuldner Partei bleibt, und unter Umständen mehr Vertrauen verdient als ein Verschwender, die ausdehnende Anwendung des § 435 Abs. 2 gestattet.[4]) Das Gericht wird nur mit Vorsicht von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen. Übrigens ist eine Gefährdung der K.-Gl. durch Verweigerung des Eides seitens des Gemeinschuldners nicht leichthin anzunehmen, da dieser ein Interesse daran hat, dass die Masse nicht durch die Prozessführung verringert wird. Als Zeuge kann der Gemeinschuldner in solchen Prozessen aus dem nämlichen Grunde nicht vernommen werden. Dies muss auch für Anfechtungsprozesse gelten (Bem. I. 2 u. III. 1 zu § 5 S. 30 u. 37). Entscheidend ist in dieser Beziehung, dass der K.-V. nicht als Vertreter der K.-Gl. anzusehen ist, sondern (unmittelbar oder mittelbar) den Gemeinschuldner vertritt. Dessen Vernehmung als Zeuge ist hienach auch dann unstatthaft, wenn man annimmt, der K.-V. vertrete den Gemeinschuldner und die K.-Gl.[5]) Die Frage, ob der Gemeinschuldner als Nebenpartei zuzulassen sei, wurde bei Aufstellung des Entwurfs verneint (M. S. 44, 45), weil man Kollusionen desselben mit der Gegenpartei ausschliessen müsse und der Gemeinschuldner, was er vorzubringen habe, dem K.-V. mitteilen, sich auch wegen Pflichtversäumnis desselben bei dem Konkursgericht beschweren könne. Nach der richtigen Auffassung bezüglich der Stellung des K.-V. und Gemeinschuldners muss die Frage, ob der letztere in den die Masse betr. Prozessen als Nebenintervenient auftreten könne, verneint werden, da er nicht in demselben Prozess zugleich durch den K.-V. vertretene Hauptpartei sein und zu

[1]) V. O.-L.-G. Colmar 6. Dez. 1881 u. 10. Jan. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 168; O.-L.-G. Kiel 28. Nov. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 86; O.-L.-G. Hamburg 27. Sept. 1890, Hans. Gerichtsz. J. 12 (Beil.) S. 36; Francke in Buschs Z. Bd. 6 S. 91 ff., bes. 95; Struckmann u. Koch § 106 Bem. 1; Wilmowski-Levy das. Nr. 2 u. § 109 Nr. 3. A. M. Scherer, Rhein. R. Bd. 2 S. 144, 145.

[2]) V. Old. Z. 1890 S. 216 ff.

[3]) R.-G. (III.) 14. Dez. 1886, Jur. Woch. 1887 S. 41; O.-L.-G. Jena 10. Juli 1884, Thür. Bl. Bd. 32 S. 155, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 248, 249; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundsch. 1883 S. 69.

[4]) V. Schultze, Konkursr. S. 96, 97; v. Völderndorff Bd. 1 S. 167 Anm. 12; Fitting § 7 Anm. 17; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 63. A. M.: H. A. Brachmann, Rechtsgeschäfte d. Gemeinschuldners S. 69; Seuffert, C.-P.-O. § 435 Nr. 3 S. 515; v. Wilmowski S. 71; Stieglitz S. 58 Nr. 1; O.-L.-G. Darmstadt 15. Febr. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 370.

[5]) V. Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 24 ff. und 36 ff. A. M.: R.-G. (III.) 15. Febr. und 10. Mai 1889; Bolze Bd. 7 Nr. 1071 Bd. 8 Nr. 872; R.-G. (VI.) 9. Mai 1887 u. 16. Juni 1890, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 399 u. Jur. Woch. 1890 S. 68; O.-L.-G. Kiel 19. Jan. 1889, Schl.-Holst. Anz. 1889 S. 97 ff.

dessen Unterstützung in dem Prozess intervenieren kann. Die K.-Gl. dürfen, da sie nicht Parteien sind, dem K.-V. als Nebenintervenienten beitreten, sofern sie ein rechtliches Interesse am Ausgang des Prozesses nachweisen können (§ 63 C.-P.-O.). Die Einwirkung auf die Höhe der Dividende begründet nur ein thatsächliches Interesse, wie ausserhalb des Kv. das Interesse an der Vermögenslage des Schuldners. Die Rechtslage der K.-Gl. wird durch die Höhe der Dividende nicht berührt.[1]) Bei entgegengesetzter Auffassung müsste man die Gläubiger in allen Prozessen ihrer Schuldner als Nebenintervenienten zulassen. Bei Anfechtungsprozessen ist jedoch regelmässig auch ein rechtliches Interesse für die K.Gl. gegeben (Bem. 1 zu § 29).

7) In den §§ 8 u. 9 ist nur von den Prozessen die Rede, in welchen zufolge der K.-E. eine Unterbrechung eintritt und wird nur die Aufnahme dieser Prozesse geregelt, ohne dass die durch Beendigung des Kv. bezüglich der anhängigen Prozesse eintretenden Veränderungen berührt werden. Im allgemeinen ist zu bemerken, dass der Gemeinschuldner durch die Aufhebung des Kv. wieder seine Verfügungsbefugnisse erlangt und deshalb die Prozesse, welche durch das Kv. nicht erledigt wurden, gegen ihn fortzusetzen sind. Dies ist insbesondere von Bedeutung für die Fälle, in welchen das Kv. zufolge eines Zwangsvergleichs beendigt wird und der Gemeinschuldner das Recht erhält, über die Konkursmasse frei zu verfügen (§ 177). Zu diesem Ergebnis gelangt man auch dann, wenn man den K.-V. als Vertreter der K.-Gl. ansieht. Während, wenn der K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners gilt, letzterer die Prozesse, in denen er Partei ist, einfach ohne gesetzlichen Vertreter weiterführt, muss aber in dem andern Falle eine Succession in das Prozessverhältnis und eine Rückgängigmachung derselben angenommen werden. Auf Prozesse, in welchen es sich um Feststellung von Konkursforderungen handelt, kommen die §§ 134 Abs. 3 und 152 zur Anwendung. Auch wenn der K.-V. eine angemeldete Konkursforderung bestritten hat, und gegen ihn Feststellungsklage erhoben worden war, oder er selbst (nach § 134 Abs. 6) Widerspruch erhoben hatte, muss dem Gläubiger das Recht zustehen, den Prozess gegen den Gemeinschuldner fortzusetzen, da dieser als Partei anzusehen ist. Nimmt man an, dass der K.-V. in dem Prozess die K.-Gl. bezw. die „Gläubigerschaft" vertreten hat, so muss wohl auch angenommen werden, dass der Prozess (wegen der Kosten) gegen diese fortgesetzt werden kann. Der Umstand, dass der Rechtsstreit bezüglich der Hauptsache (des Aussonderungsrechts, Pfandrechts u. s. w.) gegenstandslos geworden ist, hindert nicht, dass er wegen der Prozesskosten fortgesetzt werden kann, denn der Gegner des K.-V. verliert dadurch ebensowenig seinen Anspruch auf Ersatz der Prozesskosten, wie der Gemeinschuldner. War dem K.-V. ein Parteieneid auferlegt worden, so findet nach Beendigung des Kv. § 433 C.-P.-O. Anwendung. Besondere Schwierigkeiten bestehen in dieser Richtung bezüglich der Anfechtungsprozesse, soweit nicht § 13 Abs. 4 des Anf.-Gesetzes zutrifft. Das vom K.-V. ausgeübte Anfechtungsrecht kann nach Beendigung des Kv. nicht mehr weiter geltend gemacht werden, da es nur während des Kv. besteht und nur vom K.-V. ausgeübt werden kann. Weder dem Gemeinschuldner noch den einzelnen K.-Gl. steht das Recht zu, die Anfechtung weiter zu verfolgen. Andererseits darf dem Anfechtungsbeklagten nicht das Recht versagt werden, den Rechtsstreit wegen der Prozesskosten fortzusetzen, da er nur auf diesem Wege deren Ersatz erlangen kann (vgl. § 13 Abs. 2 Anf.-Ges. und Bem. zu § 29 K.-O.). Diesem muss sonach das Recht eingeräumt werden, den Prozess, soweit es sich um die Prozesskosten handelt, gegen den Gemeinschuldner fortzusetzen, zu dessen Vermögen der vom K.-V. ausgeübte Anspruch gehört (Bem. III. 1 zu § 5 S. 37).[2]) Nimmt man an, dass der K.-V. in Ansehung des Anfechtungsrechts die einzelnen K.-Gl. oder eine „Gläubigerschaft" vertritt, so muss es zulässig sein, den Prozess den hienach als Parteien anzusehenden Personen gegenüber fortzusetzen. Diese heranzuziehen, wird aber grosse Schwierigkeiten bereiten, zumal die als Partei betrachtete

[1]) R.-G. (I.) 16. Juni 1884 u. 13. Febr. 1889, Entsch. Bd. 14 S. 436, Bd. 23 S. 341.

[2]) V. Eccius Bd. 1 S. 785.

„Gläubigerschaft" nicht organisiert ist und ausser dem K.V., dessen Thätigkeit mit dem Kv. aufhört, keinen Vertreter hat.[1])

8) Für die Entscheidung darüber, ob die in Frage stehenden Prozesse vor einer Civilkammer des Landgerichts oder vor der Kammer für Handelssachen zu verhandeln sind, ist § 101 des G.-V.-G. massgebend. Hat der Prozess eine Handelssache, z. B. die Klage eines Handlungsbevollmächtigten gegen den Gemeinschuldner (als Prinzipal) zum Gegenstand, so ist er ungeachtet der K.-E., die an diesem Rechtsverhältnis nichts ändert, vor der Kammer für Handelssachen zu verhandeln. Bezüglich der Frage, ob die Klage gegen einen Kaufmann gerichtet ist, kommt lediglich die Stellung des vom K.-V. vertretenen Gemeinschuldners in Frage. Dass dieser infolge der K.-E. aufgehört hat, Kaufmann zu sein, ist nicht masgebend. Übrigens kann ja auch das Geschäft vom K.-V. fortgesetzt werden.[2])

II. Besondere Vorschriften bezüglich der Prozesse, welche sich auf die Aktivmasse beziehen. (§§ 8 und 9.)

1. Rechtsstreitigkeiten, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind. (§ 8.)

In § 8 wird von solchen Prozessen gehandelt, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind, d. h. in welchen dieser einen ihm nach seiner Meinung zustehenden Anspruch einem Dritten gegenüber behauptet hat (Bem. I. 4 S. 51). Ein derartiger Rechtsstreit kann nur vom K.-V., nicht vom Gegner aufgenommen werden. Wird die Aufnahme (§ 227 C.-P.-O.) ungebührlich verzögert, so kann der Gegner nach § 217 dieses Gesetzbuchs den K.-V. zur Aufnahme des Prozesses und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vorladen lassen. Erscheint dieser im Termine nicht, so ist durch Versäumnisurteil auszusprechen, dass das Verfahren von ihm aufgenommen sei. Vorausgesetzt wird jedoch nach § 300 Z. 1 C.-P.-O., dass die betreffende Partei den Nachweis erbringt, die geladene Person sei wirklich K.-V. oder dass diese Thatsache in anderer Weise festgestellt, z. B. gerichtskundig ist. Die Eigenschaft als K.-V. ergiebt sich nicht aus der Versäumnis; ob sie vorhanden ist, muss vielmehr (nach § 54 C.-P.-O.) von Amts wegen geprüft werden.[3]) Ob die Aufnahme verzögert wurde, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen, Hiebei ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der K.-V. (nach § 121 Z. 2) unter Umständen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gegner des Gemeinschuldners mit dem in § 217 C.-P.-O. vorgesehenen Verfahren bis zur ersten Gläubigerversammlung warten muss. Solange kein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat der K.-V. selbständig zu entscheiden.[4]) Lehnt er die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann der Prozess von dem Gemeinschuldner fortgeführt und sowohl von diesem als vom Gegner aufgenommen werden. Dann entfällt die Anwendung des § 217 C.-P.-O.[5]) Die Ablehnung der Aufnahme muss in diesem Falle als Verzicht auf die Heranziehung des Streitgegenstandes zur Masse aufgefasst werden; sonst wäre der Gemeinschuldner nicht berechtigt, den Prozess weiterzuführen. Wollte der K.-V. den Gemeinschuldner beauftragen, den Prozess als sein Bevollmächtigter für Rechnung der Masse zu führen, so würde darin eine Aufnahme des Prozesses, nicht eine Ablehnung derselben liegen. In der Reichstagskommission bemerkte Hullmann: „er fasse den Abs. 2 dahin

[1]) Vgl. noch Petersen im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 39.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 4. März 1885, Entsch. Bd. 13 S. 151; f. O.-L.-G. Frankfurt 9. Sept. 1887, Frankf. Rundsch. 1888 S. 262; letzteres weicht insofern ab, als es annimmt, die Eigenschaft des K.-V. sei massgebend, und dieser, wie „die von ihm vertretene Masse", sei nicht Kaufmann.

[3]) V. v. Völderndorff. Bd. 1 S. 169 Anm. 20; v. Wilmowski S. 71 a. E.; Fitting § 7 S. 56; Willenbücher S. 25 Z. 2; rheinpr. Amtsrichterz. Bd. 7 S. 167.

[4]) V. Hullmann S. 80; Meisner S. 54 Anm. 7. A. M.: v. Sarwey S. 46 Bem. 5; v. Völderndorff Bd. 1 S. 169 Anm. 18; Stieglitz S. 61 Anm. b.

[5]) R.-G. (I.) 18. Jan. 1886, Entsch. Bd. 16 S. 117 ff., bes. 118.

auf, dass, wenn der Schuldner in einem Prozesse, dessen Aufnahme vom Verwalter abgelehnt worden, etwas erstritten habe, dies nicht zur Konkursmasse gehören solle." Hagens erwiderte darauf: „der Verwalter werde sich bei der Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreits darüber aussprechen, ob er den Anspruch zur Masse ziehen wolle oder nicht. Unterlasse er eine solche Erklärung, so würde das letztere zu gelten haben" (K. S. 11). Der mit der Ablehnung verbundene Vorbehalt, den Streitgegenstand, falls der Prozess gewonnen werden sollte, dennoch zur Masse zu ziehen, müsste als unwirksam angesehen werden. [1]) Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass das Ergebnis des von dem Gemeinschuldner fortgeführten und gewonnenen Prozesses doch der Konkursmasse zugute kommt. Hat jener z. B. für sein zur Masse gehöriges Grundstück eine Servitut erstritten, so lässt sich dieselbe von diesem Grundstück nicht lösen. [2]) Der Ersatz der vor der K.-E. entstandenen Prozesskosten kann, falls der Verwalter die Aufnahme eines Prozesses ablehnte und der von dem Gemeinschuldner aufgenommene Prozess später gegen diesen entschieden wurde, im Kv. beansprucht werden (Bem. IV. 2 zu § 2).

2. *Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig sind. (§ 9).*

(§ 9.)

Ist ein Prozess, in welchem es sich um den Bestand der Aktivmasse, nicht um eine im Kv. geltend zu machende Forderung handelt (Bem. III.), gegen den Gemeinschuldner als Beklagten eingeleitet worden, so kann der geltend gemachte Anspruch ein Aussonderungsanspruch (§§ 35 ff.), oder ein Absonderungsanspruch (§§ 39 ff.), oder ein persönlicher Anspruch sein, der gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist, sich aber als Masseschuld (§§ 50 ff.) darstellt. Dies letztere ist nur dann denkbar, wenn die Klage auf einem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen zweiseitigen Vertrage beruht, dessen Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird (vergl. §§ 15 ff. und § 52 Nr. 2); die übrigen Fälle einer Masseschuld setzen voraus, dass das Rechtsgeschäft, aus welchem der Anspruch entsprungen ist, oder wenigstens die Entstehung des Anspruchs selbst erst in die Zeit nach der K.-E. fällt; sie können demnach einem vor der K.-E. gegen den Gemeinschuldner angestellten und gegen den K.-V. fortzuführenden Prozesse nicht zu Grunde liegen. Nimmt der K.-V. den anhängigen Prozess auf, indem er den geltend gemachten Anspruch bestreitet, so geht der Rechtsstreit einfach seinen Gang. Lehnt er dagegen die Aufnahme des Prozesses ab und erklärt er zugleich, den Prozess mit dem Gegner nicht fortsetzen zu wollen, so liegt darin die Erklärung, dass er sich dem gegen die Masse gerichteten Anspruch nicht widersetzen, sondern sich die Aussonderung oder abgesonderte Befriedigung gefallen lassen bezw. die Masseforderung befriedigen will. Er kann den Kläger weder an den Gemeinschuldner noch auf einen neuen, gegen ihn selbst anzustellenden, Prozess verweisen, hat vielmehr nur die Wahl, ob er den Rechtsstreit unter Bestreitung des Anspruchs fortführen oder diesen letzteren anerkennen will (M. S. 45, 46; K. S. 97, 98). Es handelt sich hier um Ansprüche, welche aus der Masse befriedigt werden sollen, also vom K.-V. erfüllt oder bestritten werden müssen. Die in § 9 Abs. 2 des Entw. enthaltene Vorschrift wurde allerdings von der Reichstagskommission abgeändert, indem man nämlich dem Gegner gleichfalls das Recht der Aufnahme einräumte. Aber dadurch wurde bez. der obigen Frage, wie auch in den Komm.-Verh. dargelegt worden ist, nichts geändert. Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass der K.-V. nur die Wahl hat, ob er die Aussonderung u. s. w. bestreiten oder sich dieselbe gefallen lassen will. Erklärt er lediglich, dass er den Gegenstand der Aussonderung nicht zur Masse rechne, bezw. sich der abgesonderten Befriedigung nicht widersetze, so liegt darin nicht eine den Gemeinschuldner selbst bindende Anerkennung

[1]) V. v. Sarwey S. 48; v. Völderndorff Bd. 1 S. 171; Hullmann S. 80; Wengler S. 113.

[2]) V. v. Sarwey u. v. Völderndorff a. a. O. A. M.: Hullmann S. 83; Fitting § 7 S. 57; v. Wilmowski S. 73; Willenbücher S. 25, 26 Nr. 3. Letztere nehmen mit Unrecht an, dass in diesem Falle der Gemeinschuldner nicht zur Sache legitimiert sei.

des vom Gegner erhobenen Anspruchs. Der Aussonderung bezw. abgesonderten Befriedigung steht dann seitens des K.-V. nichts im Wege. Dem Gemeinschuldner bleiben aber seine Rechte gewahrt, was besonders für die Fälle von Bedeutung ist, in welchen das Kv. zufolge Zwangsvergleichs aufgehoben wird.[1]) Es liegt kein Grund vor, den K.-V., wenn er die mit der Weiterführung des Prozesses verbundene Gefahr der Verurteilung zu den Prozesskosten nicht übernehmen will, zu einer auch für den Gemeinschuldner verbindlichen Anerkennung zu nötigen. Die Sache liegt vielmehr ebenso wie in den unter § 8 gehörigen Fällen. Ein Anerkenntnis des K.-V. kann nur in der Weise erfolgen, dass er als Vertreter des Gemeinschuldners den Prozess aufnimmt und in dieser Eigenschaft über den Prozessgegenstand verfügt.[2]) Das Anerkenntnis des K.-V. hindert den Erlass eines Urteils nicht. Vielmehr ist er auf Antrag dem Anerkenntnis gemäss zu verurteilen (§ 278 C.-P.-O.). Die Kosten sind, wenn der K.-V. unterliegt, als Masseschuld zu behandeln (§ 52 Z. 1). Erkennt er den Anspruch des Gegners sofort an, so hat dieser die Kosten zu tragen.

III. Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf die Passivmasse beziehen. (§ 10.)

Die Geltendmachung von Konkursforderungen, welche lediglich einen Anspruch auf Berücksichtigung bei Verteilung der Masse gewähren, beherrscht der Grundsatz, dass kein K.-Gl. eine Forderung, deren Befriedigung aus der Masse er verlangt, ausserhalb des Kv. verfolgen darf (M. S. 46). Will der Gläubiger auf Befriedigung aus der Masse verzichten, so kann er allerdings gegen den Gemeinschuldner Klage erheben oder einen bereits eingeleiteten Prozess diesem gegenüber durchführen (Bem. I. 1).[3]) Dem Gläubiger, welcher vor der K.-E. wegen einer Konkursforderung Klage erhoben hatte, bleibt hienach die Wahl, ob er diesen Prozess vorerst liegen lassen und seine Forderung im Kv. anmelden oder ob er auf die Befriedigung aus der Masse verzichten und den Prozess gegen den Gemeinschuldner fortsetzen will. Er kann aber nicht beide Wege zugleich gehen.[4]) Schlägt er letzteren Weg ein, so wird der Gemeinschuldner in dem Prozess nicht durch den K.-V. vertreten. Sonach sind auch die Zustellungen nicht an diesen, sondern an den Gemeinschuldner zu bewirken (Bem. II. 2 und III. 1. zu § 5 S. 32 u. 37). Wird die angemeldete Forderung im Kv. nicht bestritten, so gilt sie als festgestellt. Die Eintragung in die Tabelle wirkt allen K.-Gl. gegenüber wie ein rechtskräftiges Urteil (§ 133). Auch kann die Forderung dann vom Gemeinschuldner später nicht mehr bestritten werden (§ 152 Abs. 2). Wird gegen die Forderung Widerspruch erhoben, so kann der zur Zeit der K.-E. anhängige Prozess aufgenommen werden, gleichviel ob der Widerspruch vom Gemeinschuldner oder vom K.-V. oder von einem K.-Gl. ausging (§ 132 und § 134 Abs. 3). Jedoch kann die Aufnahme nur durch denjenigen K.-Gl. geschehen, dessen Forderung

[1]) So auch v. Wilmowski § 9 Nr. 5 a und Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 738, der mit Unrecht angenommen hat, die Verfasser hätten die bezüglich des § 9 Abs. 2 erfolgte Änderung übersehen.

[2]) V. v. Sarwey S. 51; v. Wilmowski S. 75, 76 Nr. 5; Stieglitz S. 64; Fitting § 7 S. 59. A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 176, 177; Willenbücher S. 26 Nr. 6; Eccius a. a. O.

[3]) Das pr. Obertr. hielt die Verfolgung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner ausserhalb des Kv. unter der Herrschaft der pr. K.-O. für unstatthaft. (Striethorst Bd. 21 S. 341, Bd. 31 S. 348 ff., Bd. 32 S. 161 ff., Bd. 33 S. 215 ff., Bd. 38 S. 77, Bd. 55 S. 326.) Diese Auffassung der sich das R.-O.-H.-G. angeschlossen hatte (Entsch. Bd. 12 Nr. 76 S. 237), deren Richtigkeit aber bestritten wurde, ist jedoch für die deutsche K.-O. nicht zutreffend. V. auch R.-G. (I.) 12. Mai 1886 u. 23. März 1889, Gruchot Bd. 31 S. 1122 u. Jur. Woch. 1886 S. 229, 1889 S. 207, 208; O.-L.-G. Hamb. 11. Mai 1883, Hans. Gerichtszeit. (Beibl.) 1884 S. 5, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 382; Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 34; v. Sarwey S. 53; Senst in Z. f. Gerichtsv. Bd. 5 S. 10, 11; v. Wilmowski S. 78; v. Völderndorff Bd. 1 S. 181. A. M. ist: Fitting § 9 Anm. 6 und 7 S. 79, weil eine Klage auf Erfüllung verfrüht sei. Der Mangel an Befriedigungsmitteln berührt aber die Fälligkeit nicht und die §§ 10 u. 11 stehen einer derartigen Klage nicht im Wege.

[4]) R.-G. (I.) 12. Mai 1886 a. a. O.

bestritten wurde. Dieser hat darüber zu entscheiden, ob er die Feststellung seiner Forderung verfolgen will.[1]) War ein solcher Prozess noch nicht anhängig, so kommt § 134 zur Anwendung.

Auch diejenigen Konkursforderungen, welche im Verwaltungswege geltend zu machen sind, werden durch die Vorschrift des § 10 getroffen und müssen im Kv. angemeldet werden. Auf sie findet aber nicht die C.-P.-O. Anwendung. Ob und wie etwa anhängige Verwaltungsprozesse durch die K.-E. unterbrochen werden, richtet sich vielmehr nach den landesrechtlichen Vorschriften. In § 131 Abs. 5 ist bestimmt, dass Abs. 1, 3 u. 4 dieses § auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung finden.

§ 11.

Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

(E. § 11; M. S. 49 ff.; K. S. 12 ff.; pr. K.-O. § 9.)

1) Die Vorschrift des § hat in dem durch die K.-E. begründeten Anspruch der K.-Gl. auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse ihren Grund. Soweit nicht durch frühere Pfändung ein Absonderungsanspruch begründet ist (Bem. 2), wird durch die K.-E. jede Zwangsvollstreckung zugunsten einzelner K.-Gl. bezüglich der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände gehemmt. Deren Verwertung steht (nach § 107) lediglich dem K.-V. zu, der nach §§ 116 und 117 auch berechtigt ist, die Zwangsvollstreckung hinsichtlich solcher Gegenstände zu betreiben, welche zunächst zur Befriedigung von Absonderungsberechtigten zu dienen haben. Für den vom Gemeinschuldner nach der K.-E. gemachten Erwerb, der nach § 1 nicht zur Konkursmasse gehört, würde der aufgestellte Grundsatz an sich nicht gelten. Die Vorschrift des § wurde jedoch auch auf diesen Erwerb und auf die Anlegung von Arresten ausgedehnt, weil sonst die Absicht, dem Gemeinschuldner wieder die Erwerbs- und Kreditfähigkeit zu eröffnen, vereitelt und die Gleichheit unter den K.-Gl. zugunsten der näher wohnenden beeinträchtigt würde (M. S. 52; K. S. 12—14).

§ 11 findet auf alle zur Teilnahme am Kv. befugten Gläubiger Anwendung, ohne dass hiebei in Betracht kommt, ob sich diese thatsächlich am Verfahren beteiligt haben (Bem. I. 3 zu § 2). Ein K.-Gl., der darauf verzichtet, aus der Konkursmasse Befriedigung zu erhalten, kann zwar gegen den Gemeinschuldner trotz der K.-E. Klage erheben, bezw. einen anhängigen Prozess weiterführen (Bem. III. zu §§ 8 ff.), aber zur Vollstreckung des erwirkten Urteils erst nach Beendigung des Kv. schreiten.[2]) Aus § 11 darf übrigens nicht gefolgert werden, dass die Forderungen gegen den Gemeinschuldner während des Kv. nicht einklagbar sind und deshalb die Aufrechnung ausgeschlossen ist. In dieser Beziehung ist entscheidend, dass durch Anmeldung dieser Forderungen im Kv. Befriedigung erlangt werden kann.[3]) Da der neue Erwerb den K.-Gl. nach § 11 entzogen werden soll, können diese, wie allseitig anerkannt wird, in einem während des anhängigen Verfahrens eröffneten neuen Kv. ihre Forderungen nicht nochmals anmelden (Bem. III. 4 zu § 1). Übrigens bezieht sich

[1]) R.-G. (VI.) 24. Jan. 1886, Entsch. Bd. 16 S. 358.

[2]) Oetker, Buschs Z. Bd. 14 S. 34; O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 382.

[3]) R.-G. (II.) 1. Juli 1890, Jur. Woch. S. 277.

§ 11 nur auf die Wirkungen eines im Deutschen Reich eröffneten Kv. (§ 207).[1]) Auch den Klagen eines K.-Gl. auf Zahlung eines bestimmten Betrages der festgestellten Forderung stehen die §§ 10 u. 11 im Wege. Der K.-V. soll zwar, so oft Masse vorhanden ist, eine Verteilung vornehmen, kann aber dazu nicht auf dem Wege der Klage gezwungen werden (Bem. 2 zu §§ 137, 138).[2]) Nach der Aufhebung des Kv. kann § 11 keine Anwendung mehr finden. Die Gläubiger können sich dann regelmässig auch an die von dem K.-V. freigegebenen oder übersehenen Bestandteile der früheren Konkursmasse halten (§ 152 und Bem. IV. zu § 199 ff.).[3]) Sie haben auch die Wahl, ob sie auf Grund der Eintragung in die Tabelle oder auf Grund des ursprünglichen Titels vorgehen wollen.[4]) Der Aufrechnung eines K.-Gl. mit einer dem Gemeinschuldner erst nach der K.-E. zugefallenen Forderung steht § 11 gleichfalls nicht im Wege (vgl. auch Bem. zu § 48).[5])

2) Durch § 11 werden nur die K.-Gl. betroffen; dagegen findet er auf andere Personen, insbesondere auf Absonderungsberechtigte, keine Anwendung. Wer die Erfüllung seines Anspruches ohne Rücksicht auf das Kv. verlangen kann, darf dieselbe nötigenfalls auch im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingen. Auch wegen solcher Forderungen, die nach § 56 Z. 3 und 4 im Kv. nicht geltend gemacht werden dürfen, können sich die Gläubiger an das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners halten. Sie sind nach § 56 in dieser Richtung nicht K.-Gl., werden sonach durch § 11 nicht betroffen. Sie befinden sich in der nämlichen Lage, wie wenn ihre Forderungen nach der K.-E. entstanden wären, sind auch dadurch keineswegs besser gestellt als bei Nichtvorhandensein des § 56. In den Mot. (S. 271) wurde die Vorschrift des § 56 anscheinend nicht genügend gewürdigt. Dies berechtigt aber nicht dazu, den § 11 auf solche Personen anzuwenden, welche nicht K.-Gl. sind.[6])

Die gemäss § 744 der C.-P.-O. erfolgende Benachrichtigung von einer bevorstehenden Pfändung ist von der Pfändung selbst zu unterscheiden. Auch wenn diese Benachrichtigung der K.-E. vorausgegangen ist, kann der Gläubiger, soferne vor der Pfändung das Kv. eröffnet wird, die beabsichtigte Zwangsvollstreckung nicht weiter betreiben. Dem § 744 Abs. 2 wird durch die K.-E. nicht genügt; diese ist überhaupt nicht Pfändung (Bem. I. 2 zu § 2, II. 1 zu § 5, II. 7 zu § 41), jedenfalls nicht Pfändung zugunsten eines einzelnen Gläubigers.[7])

Bezüglich der von einem Absonderungsberechtigten betriebenen Zwangsvollstreckung wird durch die K.-E. eine Unterbrechung des Verfahrens nicht bewirkt. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist nicht als „Rechtsstreit“ im Sinne der C.-P.-O. anzusehen. Auch wird es nach den §§ 693 ff. C.-P.-O. selbst durch den Tod des Schuldners nicht unterbrochen. (V. Petersen C.-P.-O. § 218 Bem. 1. a. E.)[8]) Dem K.-V. steht nach § 117 K.-O. die Befugnis zu, das Verfahren für Rechnung der Masse zu übernehmen.

[1]) R.-G. (I) 11. Dez. 1884, Entsch. Bd. 14. S. 407.

[2]) R.-G. (IV.) 27. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 114 Nr. 13.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 21. Jan. 1890, Jur. Woch. S. 114, 115;

[4]) O.-L.-G. Jena 26. Nov. 1888, Seufferts Arch. Bd. 45 S. 240.

[5]) R.-G. (II.) 1. Juli 1890, Entsch. Bd. 26 S. 66.

[6]) V. Fitting § 8 Anm. 21; v. Wilmowski S. 79 Nr. 2; Dernburg Bd. 2 § 116 Anm. 12. A. M.: v. Sarwey S. 53; v. Völderndorff Bd. 1 S. 186; Willenbücher S. 28 Nr. 2b; Stieglitz S. 68 Nr. II. V. jedoch die Ausführungen des letzteren zu § 178 Nr. II. S. 652.

[7]) R.-G. (VI.) 3. Juli 1890, Entsch. Bd. 26 S. 425; Berliner Kammergericht nach Küntzel, Gruchot Bd. 28 S. 278, 279; O.-L.-G. Hamb. 4. März 1890, Hans. G.-Z. Bd. 11 (Beibl.) S. 129, Wilmowski-Levy § 744 Nr. 4; Seuffert das. Nr. 3. A. M.: v. Völderndorff in Buschs Z. Bd. 6 S. 168 ff., bes. 170, 171.

[8]) H. A. Brachmann, Rechtsgeschäfte d. Gemeinsch. S. 67; Endemann § 39 Nr. III. B.; v. Sarwey S. 54; v. Völderndorff Bd. 1 S. 187; v. Wilmowski S. 80; Willenbücher S. 28 Nr. 3c.; Fitting § 7 Anm. 23; Petersen C.-P.-O. § 218 Bem. 1; O.-L.-G. Colmar 27. Juni 1889, jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 16. A. M.: Hauser in Z. f. Reichs- und Landesr. Bd. 3 S. 468 ff.

§ 12.

Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

(E. § 12; M. S. 53 ff.; K. S. 14; pr. K.-O. § 10.)

1) Da die K.-Gl. durch die K.-E. einen Anspruch auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse erlangen, darf nachher die Lage eines K.-Gl. nicht durch Vorzugs- oder Sicherungsrechte zum Nachteil der andern Gläubiger verbessert werden. Vielmehr müssen alle dem Schuldner gehörigen Gegenstände, soweit sie nicht einem Absonderungsberechtigten dinglich verhaftet sind, zur gemeinschaftlichen Befriedigung der K.-Gl. verwendet werden. Der Gläubiger, welcher eines der in Frage stehenden Vorzugsrechte geltend macht, muss hienach beweisen, dass dieses Recht schon vor der K.-E. entstanden, bezw. eingetragen worden ist. Eine Vermutung, wie sie § 6 Abs. 3 zum Nachteil des Gemeinschuldners aufstellt, steht den ein Absonderungsrecht beanspruchenden Gläubigern nicht zur Seite. Diese Vorschrift darf als Ausnahme von den Grundsätzen über die Beweislast überhaupt nicht auf andere Verhältnisse entsprechend angewandt werden. Ausserdem trifft der Grund derselben, die Absicht, die Gläubiger gegen Unredlichkeiten des Gemeinschuldners zu schützen, hier nicht zu. Eine von diesem vorgenommene Rechtshandlung steht an sich nicht in Frage.[1])

2) Handlungen des Gemeinschuldners, welche nach der K.-E. vorgenommen werden und die Einräumung eines Absonderungsrechtes zum Gegenstand haben, werden schon durch § 6 betroffen. Die Vorschrift des § bezieht sich sonach hauptsächlich auf diejenigen Fälle, in denen zum Erwerb des Rechtes, auf dem der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung beruht, ausser der Handlung des Gemeinschuldners noch eine weitere Thatsache erforderlich ist, welche sich ohne dessen Thätigkeit vollzieht. In allen diesen Fällen soll, wenn die andere Thatsache erst nach der K.-E. eintrat, der Erwerb des Pfandrechtes, Zurückbehaltungsrechtes u. s. w. den K.-Gl., d. h. dem K.-V. gegenüber auch dann unwirksam sein, wenn der Anspruch auf den Erwerb schon vor der K.-E. begründet war. Ein dingliches Recht kann hienach dem K.-V. gegenüber nur dann geltend gemacht werden, wenn es als solches schon vor der K.-E. vorhanden gewesen ist. Dagegen kann nicht die Umwandlung des persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder sonstigen Erwerb eines dinglichen Rechtes durch eine nach der K.-E. erfolgende Handlung verwirklicht und so nachträglich ein dingliches Recht erworben werden. Auf Eintragungen, welche vor der K.-E. erfolgten, findet § 12 keine Anwendung. Deren Wirksamkeit kann vielmehr nur auf dem Wege der Anfechtung beseitigt werden. Art. 2146 Z. 2 C. c., der sich auf die Einschreibung nach Eröffnung eines Benefiziar-Nachlasses bezieht, ist durch die K.-O., insbes. durch § 12, nicht aufgehoben worden.[2]) Auch auf solche Vorzugsrechte, welche zu ihrer Wirksamkeit einer Eintragung oder einer sonstigen Handlung nicht bedürfen, insbesondere auf sogen. stillschweigende Hypotheken, bezieht sich § 12 nicht. Die Landes-

[1]) V. v. Sarwey S. 57 Nr. 2; v. Wilmowski S. 84; Willenbücher S. 29; Stieglitz S. 76 Nr. V. Letzterer legt jedoch die Beweislast dem K.-V. auf. A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 194.

[2]) O.-L.-G. Colmar 13. Nov. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 166.

gesetzgebung war hienach in der Lage, den bestehenden Pfandrechten u. s. w. die Wirksamkeit ungeachtet des Kv. dadurch zu erhalten, dass sie die vorgeschriebene Eintragung in den Ausf.-Ges. zur K.-O. beseitigte. Von dieser Befugnis ist vielfach Gebrauch gemacht worden. Mit Rücksicht darauf hat sich der Rechtszustand auch in den Gebieten, in welchen rhein. Recht gilt, verschieden gestaltet.[1])

Soweit bewegliche Sachen oder Forderungen in Frage stehen, sind in erster Linie die §§ 40 und 41 der K.-O. massgebend. Es handelt sich regelmässig darum, ob ein Faustpfandrecht oder sonstiges Vorzugsrecht vor der K.-E. schon endgültig erworben oder ob zur Vollendung des Erwerbs noch eine besondere Handlung erforderlich war. Bestand schon vor der K.-E. der Anspruch auf Einräumung eines Faustpfands, wurde aber der Besitz der in Frage stehenden Sachen erst nach derselben übertragen, so ist ein Absonderungsrecht, da die Wirksamkeit des Faustpfandes den Besitz zur Voraussetzung hat (§ 14 E.-G.) nicht begründet. Ebenso kann das auf § 41 Z. 9 beruhende Absonderungsrecht nur dann in wirksamer Weise geltend gemacht werden, wenn die Pfändung vor der K.-E. erfolgte.

Für unbewegliche Sachen kommt dem Landesrecht nach § 39 eine sehr weitgehende Bedeutung zu. Nach dieser Vorschrift dienen die Gegenstände, „welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören“, insoweit zur abgesonderten Befriedigung, als „ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht“; die Frage aber, ob ein solches Recht begründet ist, und welchen Umfang es hat, muss nach dem Landesrecht beurteilt werden. Es kommt auch hier darauf an, ob das Pfandrecht oder Vorzugsrecht schon kraft der Einräumung durch die Schuldner oder kraft Gesetzes oder richterlichen Urteils entsteht oder ob das Gesetz bezw. der Vertrag oder das Urteil nur einen Titel für die Eintragung bildet und erst durch diese das dingliche Recht erworben wird. Im letzteren Falle kommt § 12 regelmässig zur Anwendung, wenn die Handlung oder eine der Handlungen, durch welche der Erwerb der Hypothek bewirkt wird, erst nach der K.-E. vorgenommen wurde. Welche Handlung entscheidet, ob der Antrag auf Bewirkung der Eintragung oder diese selbst oder die Aushändigung der Bescheinigung über die Eintragung, ist gleichfalls nach Landesrecht zu beurteilen, ebenso die Frage, welche Bedeutung vorsorglichen Eintragungen oder Vormerkungen zukommt. Bezüglich des preuss. Rechtes hat das frühere Obertrib. unter der Herrschaft der preuss. K.-O. angenommen, dass die Anmeldung zur Eintragung entscheidend sei, weil die Wirkung der letzteren, nämlich der Erwerb des dinglichen Rechtes, auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Eintragungsbegehrens zurückzubeziehen sei. Auch wird diese Auffassung von vielen Schriftstellern geteilt.[2]) Mit der jetzt herrschenden Ansicht ist jedoch anzunehmen, dass lediglich der Zeitpunkt derjenigen Eintragung massgebend sei, durch welche die Hypothek entsteht.[3]) Nach bayer. Hypothekenrecht (Ges. vom 1. Juni 1822 § 10) setzt der Hypothekenerwerb die Eintragung voraus. Auch nach rhein. Recht ist die Wirksamkeit der Hypothek gegenüber dritten Personen im allgemeinen durch die Eintragung bedingt (Art. 2106 und 2134 C. c). Es giebt jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz (v. Art. 2108 und 2135 C. c.; bayer. Ausf.-Ges. Art. 201, bad. Ausf.-Ges. § 25; els.-lothr. Ausf.-Ges. § 24; hess. Ausf.-Ges. Art 89).[4]) Mit Rücksicht auf das rhein. Hypothekenrecht wurde, in Abweichung von § 10 der preuss. K.-O., eine Fassung gewählt, nach welcher auch die gültig erworbenen Vorzugsrechte und Hypotheken nach der K.-E.

[1]) V. Scherer, Rhein. R. Bd. 1 §§ 145, 146.

[2]) V. Striethorst Bd. 52 S. 129, Bd. 97 S. 12 ff.; Dernburg Bd. 1 § 200 Anm. 9, Bd. 2 § 114 Anm. 26; v. Wilmowski S. 82 Nr. 3; Willenbücher S. 30.

[3]) V. insbes. R.-G. 24. Juni 1884, 17. Okt. und 25. Nov. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 99, 275, 291.

[4]) V. v. Zöller und O.-L.-G. Zweibrücken in Puchelts Z. Bd. 12 S. 374 u. 639, Bd. 14 S. 455 ff.

nicht mehr mit verbindlicher Kraft gegen die K.-Gl. eingetragen werden können. Nur solche Vorzugsrechte und Hypotheken, denen unabhängig von der Eintragung Dritten gegenüber eine dingliche Wirkung zukommt (v. Art. 2107 und 2135 C. c.), können hienach im Gebiet des rhein. Rechtes ein Absonderungsrecht begründen, obgleich eine Eintragung vor der K.-E. nicht erfolgt bezw. die Vormerkung im Tagebuch, deren Zeitangabe für die Eintragung (nach Art. 2200 C. c.) massgebend ist, noch nicht geschehen war.

3) Der Erwerb oder die Eintragung eines der im § aufgezählten Rechte kann auch nach der K.-E. erfolgen und gewisse Wirkungen haben. Nur den K.-Gl. bezw. dem K.-V. gegenüber (vgl. Bem. 5 zu § 6 u. Bem. 1 zu § 7) sind die betreffenden Handlungen unwirksam, indem ein Absonderungsrecht auf dieselben nicht gestützt werden kann. Diese Beschränkung ergiebt sich aus dem Wortlaut des § sowie daraus, dass selbst die in § 6 angedrohte Nichtigkeit nur dem K.-V. gegenüber wirkt. In den Mot. (S. 56 und 57) wurde bemerkt, die Vorschrift des § 12 solle auch in den Gebieten, in welchen das Absonderungsrecht erst mit der Eintragung entstehe, die Vornahme der Eintragung nicht ausschliessen: nur solle diese gegenüber den K.-Gl. keine verbindliche Kraft haben. Der Gemeinschuldner darf sich nicht auf die Unwirksamkeit der Eintragung berufen. Sie kann aber unter Umständen auch andern Personen und nach Aufhebung des Kv. selbst den frühern K.-Gl. entgegengesetzt werden. Ob und unter welchen Umständen das der Fall ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach diesem ist auch die Frage zu beurteilen, ob eine erst nach der K.-E. erworbene oder eingetragene Hypothek dadurch, dass sie an einen redlichen Dritten gelangt ist, in dessen Händen noch während des Kv. auf Grund „des guten Glaubens des Hypothekenbuchs“ verbindliche Kraft gegen die K.-Gl. gewinnt.

Der Eintritt eines andern in das vor der K.-E. begründete Absonderungsrecht eines Gläubigers wird durch § 12 nicht ausgeschlossen. Die Übertragung eines solchen Rechtes zugunsten eines den Absonderungsberechtigten auszahlenden Gläubigers besonders zu erleichtern, wie es in § 11 der preuss. K.-O. geschehen war, wurde jedoch nicht als angemessen angesehen. Vielmehr ist die Frage, welche Form für die Übertragung vorgeschrieben bezw. ob eine Cession notwendig sei, nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Ebenso wurde die Frage, ob und inwieweit ein Gläubiger während des Kv. genötigt werden kann, sich abfinden und einen andern an seine Stelle eintreten zu lassen, dem Landesrechte vorbehalten (M. S. 57).

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Lauf der Verjährung. Durch die Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Verjährung unterbrochen.

(E. § 13; M. S. 58 ff.; K. S. 14 ff.; pr. K.-O. § 8.)

1) Die Vorschrift des § hat darin ihren Grund, dass nach der K.-O. die Gläubiger des Gemeinschuldners in der Verfolgung ihrer Rechte nicht gehindert sind, sondern, soweit sie nicht aus der Konkursmasse Befriedigung suchen, gegen denselben Klage erheben können (Bem. III. zu §§ 8 ff. u. Bem. 1 zu § 11). Hienach hat sowohl der K.-V. bezüglich der Forderungen des Gemeinschuldners, als jeder Gläubiger hinsichtlich seiner eigenen Forderungen dafür zu sorgen, dass die Verjährung nicht eintritt. Die K.-E. unterbricht weder die tilgende noch die zur Erwerbung führende Verjährung. Will sich ein K.-Gl. zunächst an die Konkursmasse halten und meldet er desshalb seine Forderung gemäss § 127 im Kv. an, so hat dies dieselbe Wirkung, als ob er gegen den Gemeinschuldner Klage erhoben hätte (M. S. 59). Dass die durch Anmeldung der Forderung bewirkte Unter-

brechung der Verjährung auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirkt, wurde mit Recht als selbstverständlich angesehen (K. S. 14, 15), weil die Anmeldung gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist und von dem diesen vertretenden K.-V. Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners verlangt wird. Die Anmeldung der Forderung im Kv. begründet übrigens Rechtshängigkeit hinsichtlich derselben nicht. Ebensowenig steht andererseits einer Anmeldung der Umstand im Weg, dass bezüglich der Forderung ein Prozess anhängig ist.[1]) Unterlässt der K.-Gl. die Anmeldung, so muss er, wenn er den Eintritt der Verjährung hindern will, die Feststellung seiner Ansprüche auf dem Wege der Klage verfolgen und dadurch eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführen. Ebenso muss die Unterbrechung durch Klagerhebung in allen den Fällen erfolgen, in welchen es sich nicht um eine „Konkursforderung" (Bem. I. 3 zu § 2) handelt.

2) Die Vorschriften des § erstrecken sich auf alle Arten von Forderungen, insbesondere auch auf die Verjährung der Wechselforderungen. Art. 80 der W.-O., wonach die Verjährung der Wechselklagen nur durch Behändigung der Klage und durch Streitverkündigung vonseite des Beklagten unterbrochen werden soll, wurde durch § 3 Abs. 2 des E.-G. dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Massgabe des § 13 (d. h. durch Anmeldung der Forderung) unterbrochen wird. Die Anmeldung der Konkursforderung im Kv. gegen eine Genossenschaft unterbricht auch die zugunsten eines Genossenschafters laufende Verjährung (§ 117 Abs. 2 d. Genossenschaftsges. vom 1. Mai 1889, vgl. Bem. III. 2 zu § 3 E.-G.).

3) Besondere Bestimmungen für den Fall, dass die angemeldete Forderung bestritten und durch Klage oder Aufnahme des anhängigen Prozesses verfolgt wird, wurden deshalb nicht gegeben, weil die Frage nicht einheitlich geregelt werden könne, ohne in den Zusammenhang der landesgesetzlichen Vorschriften störend einzugreifen. Welche Wirkung es hat, wenn die angemeldete Forderung überhaupt nicht weiter verfolgt wird, insbesondere ob dann eine neue Frist beginnt, ist somit nach Landesrecht zu entscheiden (M. S. 60, 61.) Im allgemeinen ist zwischen dem Fall, in welchem die Forderung im Kv. festgestellt und in die Tabelle eingetragen wurde (§§ 132 und 133), und zwischen denjenigen Fällen zu unterscheiden, in welchen dies nicht geschah. Haben K.-V. und K.-Gl. die Forderung anerkannt, so kann die Verjährung erst nach Beendigung des Kv. und zwar erst von deren öffentlicher Bekanntmachung an (§ 189) wieder laufen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gemeinschuldner selbst die Forderung bestritten hat, da die Anmeldung der Forderung im Kv. auch ihm gegenüber als Geltendmachung wirkt, zudem der Gläubiger erst mit der Beendigung des Kv. erfährt, für welchen Betrag er nicht befriedigt wird, und vorher (nach § 11) eine Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner nicht betreiben kann.[2]) Falls das Kv. durch einen Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) beendigt wurde, kann sogar der Lauf der Verjährung erst mit dem Verfalltag der ersten Leistung wieder beginnen, da erst von diesem Zeitpunkte an die Möglichkeit der Klagerhebung besteht.[3]) Ist die Forderung allseitig anerkannt worden, so dass sie auch dem Gemeinschuldner gegenüber als durch rechtskräftiges Urteil festgestellt gilt (§ 152 Abs. 2), so fängt eine neue Verjährung (der actio judicati) zu laufen an. Hat der Gemeinschuldner die Forderung bestritten, so dass ihm gegenüber die Eintragung in die Tabelle nicht wie ein Urteil wirkt (§ 132), so läuft diejenige Verjährung, die im Falle der Rechtshängigkeit der Forderung zur Anwendung kommt. Wird die Forderung vom K.-V. oder einem K.-Gl. bestritten, so muss ebenfalls die für den Fall der Rechtshängigkeit festgesetzte Verjährungsfrist Platz greifen. Erfolgt

[1]) O.-L.-G. Dresden 16. Sept. 1881, Wengler, Arch. 1881 S. 225, Buschs Z. Bd. 6 S. 502.

[2]) V. v. Sarwey S. 55; Stieglitz S. 81; Meisner S. 73 Nr. 2b. A. M.: v. Wilmowski § 13 Nr. 3.

[3]) V. v. Sarwey S. 67 Nr. 5; v. Wilmowski a. a. O.; Willenbücher S. 32. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. 1 S. 206 und Stieglitz S. 81 Nr. 3, welche die Aufhebung des Kv. für den massgebenden Zeitpunkt halten.

Zurücknahme der Anmeldung, so ist es so anzusehen, als ob die Verjährung niemals unterbrochen worden wäre (§ 243 C.-P.-O. mit § 65 K.-O.).[1]) Eine blosse Verbesserung der Anmeldung ist nicht als Zurücknahme anzusehen, hat sonach nicht die Wirkung, dass die Unterbrechung der Verjährung wieder aufgehoben wird.[2]) Die Einstellung des Verfahrens (§§ 188, 190 K.-O.) bewirkt, dass dieses unerledigt bleibt. Es muss hienach vom Augenblick der Bekanntmachung der Einstellung an die Verjährung der Rechtshängigkeit auch für jene Forderungen beginnen, für welche sie nicht schon infolge der Bestreitung begonnen hat. Die erwähnte Verjährung hat darin ihren Grund, dass der Gläubiger, weil er bereits bei Gericht thätig war, besser gestellt sein soll. Dieser Grund trifft aber hier zu.[3])

§ 14.

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens.

(E. § 14; M. S. 61 ff.; K. S. 15 ff.)

1) Die Vorschrift des § 14 bezieht sich auf alle Fälle einer Gemeinschaft zwischen dem Gemeinschuldner und einer andern Person, gleichviel auf welche Gegenstände sie sich erstreckt und auf welchen Gründen sie beruht. In diesen Fällen gehört nur der bei der Teilung nach Abzug der Gemeinschaftsschulden sich ergebende reine Anteil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse.[4]) Es ist deshalb eine Auseinandersetzung erforderlich, welche nach § 14 ausserhalb des Kv. zu erfolgen hat. Der praktisch wichtigste Fall für die Anwendung des § ist die eheliche Gütergemeinschaft (vgl. jedoch Bem. I. zu § 94). Aber auch die aus einer Gelegenheitsgesellschaft oder stillen Gesellschaft entspringende Gemeinschaft gehört hieher. Ob ein Gemeinschaftsverhältnis besteht, ist nach dem geltenden bürgerlichen Recht zu beurteilen. Bezüglich der im ehemaligen Kurfürstentum Hessen bestehenden Errungenschaftsgemeinschaft wurde entschieden, dass dieselbe nicht als ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne der §§ 14 u. 44 K.-O. anzusehen sei, weil der Ehemann als alleiniger Eigentümer der errungenen Gegenstände gelte. Hat ein Verzicht der Ehefrau auf die Gütergemeinschaft die Wirkung, dass dadurch das Gemeinschaftsverhältnis vollständig beseitigt wird, so ist die Anwendung des § 14 gleichfalls ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere, wenn die Ehefrau unter der Herrschaft des rhein. Rechts nach erfolgter Gütertrennung auf die Gemeinschaft verzichtet. In diesem Falle hat eine Teilung oder Auseinandersetzung im Sinne des § 14 nicht stattzufinden. Die Ersatzforderungen der Ehefrau sind ebenso wie deren sonstige Forderungen im Kv. geltend zu machen. Dass die Ehefrau infolge der Gütertrennung zugleich die Verwaltung ihres eigenen, nicht zur Gemeinschaft gehörigen, Vermögens zurückerhält und dessen Herausgabe vom Ehemann verlangen kann, begründet nicht die Anwendung des § 14, ebensowenig der Umstand, dass ihr mit Rücksicht auf die geführte Verwaltung Forderungen zustehen.[5])

[1]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 203; v. Wilmowski S. 86 Nr. 3; Stieglitz S. 79; Fitting § 9 Anm. 27; Eccius Bd. 1 § 57 Anm. 64; v. Mandry S. 261, 262. A. M.: v. Sarwey S. 67 Nr. 3, der eine neue Verjährung beginnen lassen will.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 15. Jan. 1889, Seuffert Arch. Bd. 45 S. 261.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 207 Text u. Anm. 29. A. M.: v. Sarwey S. 66; Hullmann S. 96; Stieglitz S. 80.

[4]) R.-G. (IV.) 5. April 1883, Entsch. Bd. 8 S. 102.

[5]) R.-G. (II.) 20. Juni 1884, Puchelts Z. Bd. 16 S. 219, 220. A. M. Scherer, Rhein. R. Bd. 1 S. 164.

2) Bei der Auseinandersetzung hat der K.-V. die Stelle des Gemeinschuldners zu vertreten. In welcher Weise und in welchem Umfange die Teilung oder Auseinandersetzung zu bewirken ist, richtet sich nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältnis, das auch die Rechte der Gemeinschaftsgläubiger bestimmt. Die Auseinandersetzung einer stillen Gesellschaft kann im Wege des Vertrags zwischen dem K.-V. als Vertreter des Komplementar und dem stillen Gesellschafter, aber auch im Wege der Klage auf Rechnungsstellung erfolgen.[1]) An dem in die Konkursmasse fallenden Anteil des Gemeinschuldners steht den Mitberechtigten nach § 44 ein Absonderungsrecht zu.[2]) Ob die Personen, mit denen die Gemeinschaft besteht, zugleich K.-Gl. sind oder nicht, begründet keinen Unterschied. Übrigens ist nicht bloss die Teilung selbst unabhängig vom Konkurse vorzunehmen. Vielmehr sind auch die etwaigen Streitigkeiten über den Umfang der Gemeinschaftsmasse, z. B. die Prozesse darüber, ob gewisse Gegenstände zu der betr. Gemeinschaft oder zur Konkursmasse gehören, ausserhalb des Kv. auszutragen. Bezüglich aller dieser Fragen wird das dem Gemeinschuldner den andern Beteiligten gegenüber zustehende Verwaltungsrecht (nach § 5 Abs. 2) durch den K.-V. ausgeübt, der also auch für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens, die Fortführung eines gemeinschaftlich betriebenen Geschäftes u. s. w. zu sorgen und von denjenigen Befugnissen Gebrauch zu machen hat, welche dem Gemeinschuldner nach Vertrag oder Gesetz zustehen.

3) In § 19 des ersten Entw. war gesagt, dass die Vorschriften des Gesetzes über das Verhältnis des Gemeinschuldners zur Gemeinschaftsmasse auf den Erben Anwendung fänden, wenn der Gemeinschuldner während des Kv. sterbe oder ein solches über einen Nachlass eröffnet werde. Dieser § wurde jedoch, „teils weil er selbstverständlich, teils weil seine allgemeine Fassung nicht unbedenklich sei“, gestrichen (K. S. 15).

Zweiter Titel.

Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

(§§ 15—21.)

Vorbemerkungen.

Lit.: H. A. Brachmann „Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners“; L. Seuffert, „Zur Gesch. u. Dogm. des Konkursr.“ Bd. 1 S. 127 ff.; Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 1 ff.

1) Die vom Gemeinschuldner vor der K.-E. abgeschlossenen Rechtsgeschäfte werden durch das Kv., sofern sie nicht nach den §§ 22 ff. der Anfechtung unterliegen, an sich nicht in ihrem rechtlichen Bestande berührt. Insbesondere hat die K.-E. dann keinen Einfluss, wenn die aus diesen Rechtsgeschäften entsprungenen Verbindlichkeiten bereits vorher erfüllt worden sind. Auch dann entstehen keine Schwierigkeiten, wenn es sich um einen noch nicht erfüllten einseitigen Vertrag handelt und demgemäss nur auf einer Seite eine Verbindlichkeit vorliegt. Steht dem Gemeinschuldner eine Forderung zu, so macht diese an seiner Stelle der K.-V. für Rechnung der Masse geltend. Handelt es sich um eine Forderung, welche der andern Partei gegen den Gemeinschuldner zusteht, so finden die §§ 126 ff. Anwendung, wenn diese Forderung als Konkursforderung geltend gemacht wird. Andernfalls wird sie durch das Kv. gar nicht berührt. In allen derartigen Fällen kann die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit in der Regel ungeachtet des Kv. verlangt werden; nur die Art und Weise der Geltendmachung wird vielfach geändert und

[1]) R.-G. (I.) 7. Juli 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 56 u. R.-Anz. bes. Beil. 7 S. 15.

[2]) R.-G. (II.) 20. Juni 1884, Entsch. Bd. 12 S. 326. A. M. Scherer, Rhein. R. Bd. 1 S. 164.

bei Forderungen gegen den Gemeinschuldner thatsächlich das Ergebnis durch dessen Zahlungsunfähigkeit beeinträchtigt.

Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich dagegen, wenn es sich um zweiseitige Verträge handelt, bei denen die Verbindlichkeiten zu einer Leistung und zu der dieselbe vergeltenden Gegenleistung in einem gewissen Abhängigkeits-Verhältnisse stehen. Hier taucht, wenn vonseite des Gemeinschuldners nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann, die Frage auf, ob dessenungeachtet der andere Teil rechtlich zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit angehalten werden darf, oder ob Auflösung des Vertrags eintreten soll. Wird ersteres angenommen, so ergiebt sich die weitere Frage, ob nicht auch der K.-V. zur vollständigen Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit verpflichtet ist, also die Forderung gegen den letzteren eine Masseschuld (§§ 50 ff.) begründet. Bei Aufstellung des Entwurfes glaubte man nach dem Vorgang der preuss. K.-O. (§§ 15—21 bezw. 22 und 23) von einer gesetzlichen Regelung dieser Fragen nicht absehen zu dürfen, weil sonst Zweifel darüber entstehen würden, ob die Grundsätze über die Nichterfüllung eines Vertrags oder diejenigen über das Recht zum Rücktritt von demselben wegen Verzugs bezw. Veränderung der Umstände oder jene über die Unmöglichkeit der Erfüllung Anwendung zu finden hätten und weil die bisherigen Vorschriften erheblich voneinander abwichen (M. S. 63). Die K.-O. stellt in § 15 für die Erfüllung zweiseitiger Verträge des Gemeinschuldners die Regel auf, während § 20 deren Verhältnis zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bestimmt; in § 16 wird von der Regel des § 15 eine Ausnahme nach der einen und in den §§ 17—19 eine Ausnahme nach der andern Richtung aufgestellt. Zum Schlusse regelt § 21 die Folgen, welche das Kv. für zweiseitige wie für einseitige Verträge nach sich zieht.

2) Die §§ 15—21 sind nur auf solche Fälle berechnet, in denen eine Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch den K.-V. oder an denselben überhaupt möglich ist. Hienach gehören nicht hierher: Ansprüche des Gemeinschuldners, deren Befriedigung nur ihm selbst oder einem Mitgliede seiner Familie gegenüber erfolgen kann und deren Verwertung für die Masse unmöglich ist, weil der Anspruch nicht eine Vermögensleistung zum Gegenstand hat. Dies gilt besonders von Ansprüchen auf Leistungen des Hausarztes, des Erziehers, der Amme u. s. w. Ferner gehören nicht hierher Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu Leistungen rein persönlicher Natur, z. B. zur Herstellung eines Kunstwerkes, Erteilung von Unterricht und dergleichen. In derartigen Fällen kann jedoch das Interesse wegen Nichterfüllung als Konkursforderung geltend gemacht werden. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen wurde nur bei den Dienstverträgen gemacht, insofern diese auch dann vom K.-V. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfüllt werden müssen, wenn die Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners bezw. seiner Angehörigen geknüpft sind (Bem. 2 zu § 19).

3) Von den ihm durch die §§ 15 ff. bes. durch § 21 eingeräumten Befugnissen hat der K.-V. nur im Interesse der K.-Gl. und des Gemeinschuldners Gebrauch zu machen. Wenn er es unterliess, gegen ein Versäumnisurteil, durch das ein Vertrag für aufgelöst erklärt wurde, Einspruch einzulegen, oder wenn er den Einspruch zurücknahm, können deshalb dritte Personen nicht mit Erfolg geltend machen, das Verhalten des K.-V. sei unstatthaft gewesen.[1] Die Verpflichtung des K.-V., bei Ausübung der ihm gemäss §§ 15 ff. zustehenden Befugnisse das Interesse der K.-Gl. wahrzunehmen, nötigt hier so wenig wie in andern Fällen, von der bei § 5 (Bem. III. 1) dargelegten grundsätzlichen Auffassung seiner Stellung abzuweichen. Als Vertreter der K.-Gl. oder einer „Gläubigerschaft“ könnte der K.-V. nur dann betrachtet werden, wenn die Vertretung des Gemeinschuldners den K.-Gl. übertragen worden wäre, was jedoch nicht geschehen ist. Auch aus der Annahme eines den K.-Gl. an

[1] Vgl. R.-G. (II.) 18. März 1887, Entsch. Bd. 17 S. 78 ff., bes. S. 85; O.-L.-G. Dresden 29. März 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 663.

der Aktivmasse zustehenden Pfandrechts lassen sich die §§ 15 ff. nicht ableiten. Insbesondere wird durch diese Theorie weder die Notwendigkeit sofortiger Mitteilung über die Absicht, Erfüllung zu fordern, noch das in den §§ 17 und 19 vorgesehene Kündigungsrecht des K.-V., noch das dem andern Teil im § 18 eingeräumte Rücktrittsrecht erklärt.[1])

§ 15.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.

Der Verwalter muss auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

(E. § 15; M. S. 64 ff.; K. S. 15, 148 u. 156; pr. K.-O. §§ 15 u. 16.)

I. Wahlrecht des Konkursverwalters. (Abs. 1.)

1. Allgemeiner Grundsatz.

Wenn der Gemeinschuldner vor der K.-E. einen „zweiseitigen Vertrag" (Bem. I. 2) abgeschlossen hat und die aus demselben entspringenden Verbindlichkeiten noch von keiner Seite vollständig erfüllt sind, so kann derjenige, welcher den Vertrag mit dem Gemeinschuldner einging, nicht die vollständige Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeiten aus der Masse (§§ 50 ff.) verlangen. Der Vertragsgegner unterliegt als persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners den Wirkungen des Kv., das die vollständige Erfüllung von dessen Verbindlichkeiten verhindert. Die gleichzeitig bestehende Verpflichtung des aus einem zweiseitigen Vertrag zu einer Forderung berechtigten Gläubigers kann zwar den Betrag seiner Forderung vermindern oder erhöhen, giebt ihm aber nicht ein Recht auf vollständige Befriedigung wegen seines Anspruchs. Auf der andern Seite kann dem K.-V. die Befugnis zur Geltendmachung der dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung von dem Schuldner nicht schon aus dem Grunde bestritten werden, weil über das Vermögen des Gläubigers das Kv. eröffnet wurde. Der Vertragsgegner kann die von ihm geschuldete Leistung nicht deshalb verweigern, weil ihm eine Gegenforderung zustehe. Soweit er wegen dieser noch nicht befriedigt ist, muss ihm der K.-V. gerecht werden. Dass er nur nach Massgabe der Vorschriften der K.-O. befriedigt wird, giebt ihm kein Recht, vom Vertrage zurückzutreten. Aus dieser in den Mot. (S. 64 ff.) dargelegten Auffassung ergab sich die in Abs. 1 des § enthaltene Vorschrift, nach welcher es im Belieben des K.-V. steht, ob er den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag erfüllen und dementsprechend auch die Erfüllung durch den Gegner verlangen will, diesem aber nicht das Recht eingeräumt ist, auf der vollständigen Erfüllung zu bestehen. Es steht nur eine Befugnis, nicht eine Verpflichtung des K.-V. in Frage, der hienach nur die Interessen des Gemeinschuldners und der K.-Gl., nicht diejenigen des andern Teils oder dritter Personen zu wahren hat (Vorbem. 3). Das Wahlrecht ist auch nur dem K.-V. eingeräumt. Wird das Kv. aufgehoben, ehe dieser sein

[1]) V. Oetker a. a. O. S. 11 ff., dag. L. Seuffert a. a. O. S. 127 ff.

Wahlrecht auszuüben hatte, so kann nicht etwa der Gemeinschuldner von demselben Gebrauch machen.[1])

Solche Verträge, bei welchen die Leistung derart an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, dass sie überhaupt nicht durch den K.-V. erfolgen kann, oder dass die Leistung durch diesen zu einer andern werden würde, fallen nicht unter die gegenwärtige Vorschrift (M. S. 67, Vorbem. 2). Hier darf der K.-V., da er nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen kann, auch die Gegenleistung nicht verlangen; es bleibt vielmehr dem andern Teil überlassen, sich wegen der Erfüllung nach wie vor an den Gemeinschuldner selbst zu halten, oder, wenn dieser nicht erfüllen kann oder will, einen Entschädigungsanspruch im Kv. geltend zu machen. Die Frage, ob ein derartiger Vertrag durch die K.-E. aufgehoben wird, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Auch für Dienstverträge im Sinne des § 19 gilt das Gesagte, wenn der Gemeinschuldner derjenige ist, der die Dienste zu leisten hat.

2. *Erfordernis des zweiseitigen Vertrags.*

Die Vorschrift des § findet nur auf Verträge Anwendung, bei denen von beiden Seiten eine Leistung übernommen wird. Es genügt nicht, dass der Gläubiger aus dem Vertrage auch zu einer Leistung verpflichtet ist. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die den Vertragschliessenden obliegenden Verbindlichkeiten gleichmässig in dem Vertrage, nicht etwa in zufälligen, äusserlich hinzutretenden Umständen ihren Grund haben; m. a. W., dass die eine Leistung der andern gegenüber als Gegenleistung erscheint und nur mit Rücksicht auf diese und unter Voraussetzung von deren Ausführung verlangt werden kann (M. S. 64, 65, Vorbem. 1 und Bem. I. 1). Mit dem Ausdrucke: „zweiseitige Verträge" soll dasselbe bezeichnet werden, was die preuss. K.-O. (§ 16) mit den Worten: „ein Rechtsgeschäft, welches auf gegenseitige Leistung gerichtet ist", ausdrückte und was der Code civil (Art. 1102) im Auge hat, wenn er sagt: „Le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres." Ob ein solches Verhältnis vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Doch wird sich eine grosse Verschiedenheit in dieser Beziehung kaum herausstellen. Auch der Lebensversicherungsvertrag gehört zu den zweiseitigen Verträgen. Der K.-V. kann daher, wenn der Anspruch auf die Versicherungssumme dem Gemeinschuldner zusteht und sonach zur Masse gehört (Bem. III. 2b zu § 1), das Vertragsverhältnis fortsetzen und an Stelle des Gemeinschuldners die Prämien bezahlen, eintretenden Falles aber auch das Recht auf die Versicherungssumme geltend machen.[2]) Handelt es sich um einen vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Verlagsvertrag, so kann der K.-V., da die aus diesem abzuleitenden Rechte einen Bestandteil der Masse bilden, an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen d. h. das zur Veröffentlichung bestimmte und bereits abgeschlossene Schriftwerk ausliefern und dagegen von dem Verleger Erfüllung fordern (Bem. I. 2 zu § 1 S. 5). Der Kaufvertrag und die demselben verwandten Geschäfte, der Tauschvertrag, Trödelvertrag, die mit Gastwirten über Unterkunft und Bewirtung geschlossenen Verträge, der Frachtvertrag, sowie Spiel und Wette, sind jedenfalls als „zweiseitige Verträge" im Sinne des Gesetzes anzusehen. Einseitige Verträge sind insbesondere das Darlehen, das Schenkungsversprechen, die Bürgschaftsleistung, der Unterpfandsvertrag, der Hinterlegungsvertrag und der Auftrag.[3]) In den Mot. zu § 20 (S. 85 u. 86) wurden als durch § 15 nicht berührt bezeichnet: die Bestimmungen des preuss. A. L.-R. §§ 261 ff. und 421, II. 1, §§ 206 ff. und 268 ebendas., ferner die §§ 656, 657 I. 11 über die ehelichen Güterverhältnisse, über die

[1]) Vgl. v. Wilmowski § 15 Nr. 4.

[2]) Vgl. Dreyer in Puchelts Z. Bd. 20 S. 545.

[3]) Endemann S. 160 rechnet das Mandat zu den zweiseitigen Verträgen. Vgl. dag. Oetker a. a. O. S. 23.

Rechte des Gemeinschuldners am Vermögen seiner Kinder und die Wirkungen des Kv. auf die Erfüllung eines Darlehensversprechens[1]), die Vorschriften des preuss. A. L.-R. § 197 I. 13, diejenigen des gemeinen Rechtes (l. 8 § 3 D. mand. 17. 1 und l. 28 D. de neg. gest. 3. 5) und des Code civil (Art. 2003) über das Erlöschen von Vollmachten zufolge eines Konkurses, endlich die Bestimmungen der verschiedenen Gesetzgebungen (preuss. A. L.-R. §§ 300—315. I. 14, sächs. b. G.-B. § 1462. Code civil Art. 2020, 2023, 2026, 2027 und 2032) über die Einwirkung der K.-E. auf Bürgschaftsverhältnisse (Bem. I. zu § 20). Das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft steht im allgemeinen unter den Grundsätzen über den Auftrag. Hat der Kommissionär vor der K.-E. von der ihm nach Art. 376 des H.-G.-B. zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht, als Selbstkontrahent aufzutreten, so ist er in gewissen Richtungen als Käufer bezw. Verkäufer anzusehen und kommt insoweit § 15 zur Anwendung. [2]) Die praktische Bedeutung des Unterschieds liegt übrigens nicht darin, dass im Falle eines einseitigen Vertrags der K.-V. die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht vom Schuldner verlangen könnte, sondern darin, dass er die volle Leistung ohne Rücksicht auf etwaige Gegenforderungen zu verlangen berechtigt ist, und diese nur als Konkursforderung geltend gemacht werden können.

Hinsichtlich der Sachen- und Dienstmiete enthalten die §§ 17—19 besondere Bestimmungen. Auf den Gesellschaftsvertrag, der gleichfalls einen zweiseitigen Vertrag bildet, wird § 15 allgemeine Anwendung nicht finden, weil das bürgerliche Recht in dieser Beziehung vielfach besondere Vorschriften enthält, welche durch § 20 aufrecht erhalten sind (Bem. 1—3 zu § 20). Gerät z. B. ein Aktionär in Konkurs, so kann allerdings der Anspruch auf die vor oder nach der K.-E. ausgeschriebene Einzahlung auf seine Aktien als Konkursforderung geltend gemacht werden, wenn der K.-V. das Vertragsverhältnis fortsetzen will. Aber es kann nach dem Gesellschaftsvertrag auch zulässig sein, dass der Gemeinschuldner seines Anteils für verlustig erklärt wird, weil die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgte (Art. 220 H.-G.-B.). In diesem Falle braucht der Wunsch des K.-V., welcher das Vertragsverhältnis fortsetzen möchte, nicht berücksichtigt zu werden. [3])

3. *Voraussetzung der Nichterfüllung des Vertrags.*

Die Vorschrift des § kann nur dann Anwendung finden, wenn weder von der einen noch von der andern Seite der Vertrag vollständig erfüllt ist, also Recht und Pflicht des Gemeinschuldners sich noch gleichzeitig gegenüberstehen. Dies ergiebt sich deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Um darüber keinen Zweifel aufkommen zu lassen und die Auffassung auszuschliessen, dass der § auch den Fall treffe, wenn der Vertrag zwar vom Dritten, vom Gemeinschuldner aber noch nicht oder doch nicht vollständig erfüllt sei, wurden die Worte „und von dem anderen Teile“ beigefügt, die im Entw. fehlten (K. S. 148 und 149). Ist von einer Seite der Vertrag vollständig erfüllt worden, so gestaltet sich das Rechtsverhältnis derart, als ob ein einseitiger Vertrag vorläge. Der K.-V. kann sonach, wenn der Gemeinschuldner schon vor der K.-E. die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hatte, verlangen, dass auch die Gegenleistung vollständig bewirkt werde. Auch kann er nur diesen Anspruch geltend machen, nicht aber auf Grund der K.-E. die vom Gemeinschuldner vollzogene Leistung zurückfordern und insofern die Nichterfüllung des Vertrages herbeiführen. Kann der andere Teil, obwohl er nicht vom Vertrag abgehen darf, die von ihm gemachte Leistung zurückfordern, z. B. weil er Eigentümer der dem Gemeinschuldner übergebenen Sache geblieben ist (§ 35 ff.), und macht er von diesem Rechte Gebrauch, so befindet sich das Rechtsverhältnis in derselben Lage, wie wenn auch der

[1]) R.-G. (III.) 25 Mai 1886, Jur. Woch. S. 248.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 18. März 1890, Entsch. Bd. 25 S. 69 ff. mit Litteratur, ferner Oetker a. a. O. S. 23, 24.

[3]) V. v. Sarwey in Goldschmidts Z. Bd. 23 S. 432, 433.

andere Teil nicht erfüllt hätte. Der K.-V. hat deshalb die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrags verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will. In dem letzteren Falle kann der andere Beteiligte Entschädigung wegen Nichterfüllung nicht verlangen, da er diese selbst veranlasst hat (Bem. III. 1 zu § 21). Ob der Vertrag von einer Seite vollständig erfüllt wurde, ist nach dem bürgerlichen Recht bezw. nach der Absicht der Parteien zu beurteilen.[1]) Sind zum Zweck der Tilgung einer Kaufpreisschuld Wechsel hingegeben worden, deren Einlösung nicht erfolgte, so ist der Kaufvertrag nur dann als erfüllt anzusehen, wenn die Hingabe der Wechsel an Zahlungsstatt, nicht aber wenn sie zahlungshalber geschehen war. Im Zweifel ist Hingabe an Zahlungsstatt nicht anzunehmen. Wenn die Leistung auf beiden Seiten noch teilweise aussteht, kommt es nicht darauf an, ob die Verbindlichkeit zum grösseren oder kleineren Teile erfüllt worden ist. Auch wird das Wahlrecht des Verwalters nicht dadurch ausgeschlossen, dass schon vor der K.-E. auf Erfüllung des Vertrags g e k l a g t worden ist.[2])

Handelt es sich um eine Eigentumsübertragung, so muss, damit der Vertrag als erfüllt gelten kann, vonseite des Verkäufers alles geschehen sein, was von seiner Seite zu geschehen hat, um den Eigentumsübergang zu bewirken. Es ist also, wenn hiezu die Übergabe der Sache oder die Eintragung in das Grundbuch erfordert wird, der Vertrag nur dann als erfüllt anzusehen, wenn zur Zeit der K.-E. die Übergabe oder Eintragung bereits geschehen war. Dementsprechend ist nach preuss. Recht (Ges. v. 5. Mai 1872) ein Kaufvertrag über Liegenschaften vor erfolgter Auflassung seitens des Verkäufers nicht erfüllt.[3]) Wenn die Eigentumsübertragung, wie es nach dem Code civil (Art. 711, 1138, 1583) der Fall ist, durch den blossen Vertrag bewirkt wird, so kann dieser nicht schon deshalb als unerfüllt gelten, weil die Umschreibung des Titels, welche nach dem neueren französischen Recht (Ges. vom 23. März 1855 Art. 3) notwendig ist, um das Eigentum an Grundstücken Dritten gegenüber geltend zu machen, zur Zeit der K.-E. noch nicht erfolgt war. Diese vorzunehmen, ist Sache des Käufers. Wenn dieser versäumt hat, dem ihm übertragenen Rechte Dritten gegenüber die Wirksamkeit zu sichern, kann nicht behauptet werden, der Verkäufer sei der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht nachgekommen. In allen solchen Fällen ist bezüglich der Frage, wann der Vertrag als erfüllt gelten soll, die Absicht der Parteien entscheidend. Es kann deshalb ungeachtet des erfolgten Eigentumsüberganges der Vertrag nicht als erfüllt gelten, wenn zur vollständigen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit die Verbriefung des Vertrags gehört, welche erst die Möglichkeit gewährt, das Eigentum Dritten gegenüber geltend zu machen. Ebenso kann der Vertrag bei dem Verkauf von beweglichen Sachen, falls er ausser der Übertragung des Eigentums auch die des Besitzes an der gekauften Sache zum Gegenstand hat, nicht als erfüllt gelten, wenn die Übertragung des Besitzes zur Zeit der K.-E. noch nicht erfolgt war. Neben den dinglichen Wirkungen des Vertrags sind auch die persönlichen Ansprüche, welche aus demselben entspringen, zu beachten.

4. Verlangen des Verwalters, dass der Vertrag erfüllt werde.

Verlangt der K.-V. in den durch § 15 betroffenen Fällen, dass der andere Teil den Vertrag erfülle, so muss zunächst er selbst die Leistung, mit welcher der Gemeinschuldner im Rückstand ist, vollständig vornehmen. In das Recht des andern Teils, die von ihm geforderte Leistung abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, greift das Gesetz nicht ein. Vielmehr ist in § 52 Z. 2 ausdrücklich ausgesprochen, dass der Anspruch

[1]) Vgl. Entsch. R.-O.-H.-G. Bd. 7 S. 43 ff.; Striethorst Bd. 13 S. 237, Bd. 44 S. 202; v. Wilmowski § 15 Nr. 2.

[2]) V. pr. Obertrib. 20. Nov. 1860, Striethorst Bd. 39 Nr. 52 S. 218 ff.; v. Wilmowski § 15 Nr. 3 a. E.

[3]) V. v. Wilmowski § 15 Nr. 2 S. 92.

des letzteren aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, eine Masseschuld begründet. Wenn ein einheitlicher Vertrag vorliegt, darf der K.-V. hienach nicht sein Erfüllungsbegehren auf einen Teil der vertragsmässigen Leistungen beschränken, im übrigen aber auf die Erfüllung verzichten und den Gegner bezüglich der Gegenleistung auf eine Konkursforderung verweisen. Das Verlangen der Erfüllung muss sich vielmehr auf den ganzen Vertrag erstrecken, so dass auch die Forderung des andern Teils ihrem ganzen Umfange nach als Masseforderung befriedigt wird.[1]) Die Fassung, dass der K.-V. „an Stelle des Gemeinschuldners" erfüllen kann, wurde gewählt, um die Auffassung auszuschliessen, dass ein „Übergang des Geschäfts auf die Gläubigerschaft" stattfinde, und klarzustellen, dass es sich nur um Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags handle (M. S. 68).

Für die Art und Weise, in welcher die gegenseitigen Verbindlichkeiten zu erfüllen sind, ist der Inhalt des Vertrags massgebend, weil der K.-V. an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen hat (Vorbem. 3). Danach richtet es sich, ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, oder ob eine und welche von ihnen vorgängig erfolgen muss. Dass der Gläubiger, wenn der Gemeinschuldner selbst nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet wäre, nicht etwa befugt ist, wegen der K.-E. für die Gegenleistung Sicherheit zu verlangen, ergiebt sich aus dem Wortlaut des §. Der K.-V. kann von dem andern Teile in derselben Weise, wie es der Gemeinschuldner gekonnt hätte, Erfüllung verlangen. Andererseits ist, wenn nach dem bürgerlichen Rechte die Unsicherheit der Erfüllung oder der Vermögensverfall des Schuldners zum Verlangen einer Sicherstellung berechtigt, auch der K.-V. zu einer Sicherheitsleistung genötigt, obgleich seine Verpflichtung, wenn er sich für die Erfüllung entscheidet, eine Masseschuld bildet. Insbesondere ist dies bei Anwendung des Art. 29 der W.-O. der Fall, Der K.-V., welcher seinerseits Erfüllung verlangt, muss auch den Anforderungen genügen, von deren Erfüllung die Verpflichtung des anderen Teils abhängt. Er kann nur in derselben Weise Erfüllung verlangen, in welcher der Gemeinschuldner diese fordern könnte, wenn das Kv. nicht eröffnet worden wäre.[2])

5. *Verweigerung der Erfüllung durch den Verwalter.*

Der K.-V. kann andererseits durch Änderungen gebunden werden, welche das Rechtsverhältnis nach Abschluss des Vertrags erlitten hat und durch welche Dritte wohlerworbene Rechte erlangt haben. Ist z. B. die Forderung des Gemeinschuldners vor der K.-E. gepfändet worden, so kann der K.-V., wenn er sich für die Vertragserfüllung entschieden hat, vom anderen Teil als Gegenleistung nur den von der Pfändung frei gebliebenen Betrag verlangen.[3]) Dasselbe gilt, wenn der Gemeinschuldner vor der K.-E. in rechtswirksamer Weise seine Forderung cediert hat.[4]) Bezüglich der Cession von Mietzinsforderungen v. § 17 Bem. II. 2.

Hatte der Gemeinschuldner vor der K.-E. den anderen Teil angewiesen, die Gegenleistung einem Dritten zu machen, und ist diese Anweisung von jenem angenommen worden so ist derselbe verpflichtet, in dem Maasse, in welchem der Gemeinschuldner erfüllt hat, die Gegenleistung an den Dritten abzuführen. Wird vor Beginn der Erfüllung oder nach teilweiser Erfüllung über das Vermögen des anweisenden Gläubigers das Kv. eröffnet und entscheidet sich der K.-V. für die Vertragserfüllung, so verliert die Anweisung, soweit dieser selbst erfüllt, nicht ihre Wirksamkeit.[5])

[1]) O.-L.-G. Dresden 24. Nov. 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 679.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 81; v. Völderndorff Bd. 1. S. 232 Nr. IV; v. Wilmowski § 15 Nr. 5.

[3]) R.-G. (III.) 15. Febr. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 49 ff.

[4]) V. Rassow in Gruchot Bd. 28 S. 743.

[5]) Vgl. Eccius Bd. 1 § 117 S. 801, 802; Rassow in Gruchot Bd. 28 S. 748; Oetker a. a. O. S. 30, 31. v. Wilmowski § 15 Nr. 5. A. M.: R.-G. (I.) 16. Febr. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 136; Dernburg Bd. 2 § 118 Anm. 5.

Wenn der K.-V., obgleich an sich aus der Konkursmasse erfüllt werden könnte, die Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Leistungen ablehnt, wozu er berechtigt ist (Bem. 1), so wird dadurch eine Aufhebung des Vertrags nicht herbeigeführt und bleiben dem andern Teil die Rechte, welche sich aus der Nichterfüllung ergeben, vorbehalten (K. S. 156). Die Ablehnung wirkt jedoch insofern wie die Aufhebung, als auch der K.-V. die Erfüllung der rückständigen Gegenleistung nicht verlangen darf. Nach § 21 kann der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht die Rückgabe der von ihm hingegebenen und in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstände fordern, sondern, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht, lediglich seine Ansprüche auf Entschädigung als K.-Gl. geltend machen (Bem. III. zu diesem §). Die Thatsache, dass der K.-V. sich für Nichterfüllung entscheidet, lässt an sich das Verhältnis des anderen Teils zum Gemeinschuldner unberührt.[1]) § 15 hat das bürgerliche Recht bezüglich der Folgen der Nichterfüllung nicht geändert. Der andere Teil, welcher seinen Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung geltend gemacht hat, kann nicht nach Aufhebung des Kv. wieder Erfüllung anbieten oder verlangen, denn die aus dem Vertrag entstandenen Verpflichtungen sind im Kv. endgültig erledigt. Im Gebiete des rhein. Rechts braucht die nach den Art. 1139 und 1146 C. c. ausserdem erforderliche Aufforderung an den K.-V. nicht zu erfolgen, weil dieser zur Erfüllung nicht verpflichtet, von einem Verzug sonach keine Rede ist.[2]) Sowie der andere Teil nur Entschädigung verlangen kann, ist er durch die für den Gemeinschuldner bindende Erklärung des K.-V., dass der Vertrag nicht erfüllt werde, auch dagegen geschützt, dass dieser selbst nach Beendigung des Kv. die Erfüllung anbietet und verlangt.[3]) Ebensowenig wie der Vertragsgegner des Gemeinschuldners hat der K.-V. das Recht, die bereits gemachte Leistung zurückzufordern. Auch er kann nur die weitere Erfüllung verweigern, nicht aber vom Vertrag abgehen und das vom Gemeinschuldner Geleistete zurückverlangen.[4])

II. Verpflichtung des Verwalters zur Abgabe einer Erklärung. (Abs. 2.)

1) Wenn der K.-V. die Erfüllung des Vertrags verlangen will, so muss er, sofern der andere Teil eine Erklärung verlangt, diese „ohne Verzug“ abgeben. Von der Festsetzung einer Erklärungsfrist durch das Gericht (§ 16 pr. K.-O.) wurde abgesehen, weil dadurch Zeitverlust veranlasst werde und auch die kürzeste Erklärungsfrist dem anderen Teil erhebliche Verluste verursachen könne (M. S. 68, 69). Der K.-V. muss jede unnötige Verzögerung vermeiden, darf aber diejenige Zeit beanspruchen, welche zu sorgsamer Erwägung erforderlich ist. In dieser Beziehung sind die Umstände des Falles entscheidend. Die Fassung des Gesetzes entspricht derjenigen in Art. 347 H.-G.-B. (Vgl. dag. die Art. 318 u. 357). Die Analogie des Fixgeschäftes trifft hienach nicht zu; ebensowenig ist die Behauptung zutreffend, dass der K.-V. sich in gleicher Weise wie auf ein Vertragsanerbieten zu verhalten habe.[5]) Besteht ein Gläubigerausschuss, so hat zwar der K.-V. falls er Erfüllung verlangen will, dessen Genehmigung einzuholen (§ 121 Z. 2). Daraus

[1]) R. G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 1999; Eccius Bd. 1 § 117 Anm. 3; Oetker a. a. O. S. 33. A. M.: Brachmann a. a. O. S. 31, 32; v. Völderndorff Bd. 1 S. 234; v. Wilmowski S. 93; Stieglitz S. 92; Fitting § 6 Anm. 7 u. 8; v. Mandry § 43 S. 392; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 28 S. 397.

[2]) O.-L.-G. Darmstadt 9. Dez. 1884, Puchelts Z. Bd. 17 S. 478.

[3]) Vgl. Entsch. des pr. Obertrib. Bd. 73 S. 136 ff. a. E.; R.-G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 1999; ferner v. Sarwey S. 82 Nr. 8; v. Wilmowski § 15 Nr. 3 a. E. A. M.: Eccius Bd. 1 § 117 Anm. 3.

[4]) R.-G. (VI.) 18. Okt. 1886 und (III.) 7. Mai 1889, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 246; Bolze Bd. 8 Nr. 1040.

[5]) Vgl. Brachmann a. a. O. S. 31; Endemann S. 164 Nr. 2; v. Völderndorff § 15 I. i. u. l.; v. Wilmowski § 15 Nr. 6. A. M.: Eccius Bd. 1 § 117 S. 801.

folgt aber nicht, dass er die Entscheidung aufschieben darf, bis ein Gläubigerausschuss gewählt ist (Bem. II. 1 zu §§ 8 ff). [1])

Die Aufforderung zur Erklärung kann in jeder Form, also mündlich oder schriftlich geschehen, muss aber nötigenfalls nachgewiesen werden. Hat der andere Teil, der unter Umständen auch ein Rechtsnachfolger des Vertragschliessenden sein kann, den K.-V. durch einen öffentlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollzieher) zu einer Erklärung auffordern lassen, so muss er in der Regel diese Kosten tragen. Nur dann kann er deren Ersatz verlangen, wenn der Verwalter eine mündliche oder schriftliche Aufforderung nicht beantwortet und dadurch die Kosten veranlast hat. [2]) Ist das Kv. beendigt worden, ohne dass der K.-V. zur Erklärung aufgefordert worden ist, so kann nicht der Gemeinschuldner an dessen Stelle das Wahlrecht ausüben, da dieses nur dem K.-V. zusteht und nur für die Dauer des Kv. eingeräumt worden ist (Bem. I. 1).

2) Versäumt es der K.-V., ungeachtet der ergangenen Aufforderung, rechtzeitig zu erklären, in welchem Sinne er sein Wahlrecht ausüben will, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen; die Sache liegt also ebenso, als wenn er erklärt hätte, vom Vertrage abzugehen. Es kommt dann § 21 zur Anwendung (Bem. I. 5). [3]) Das Recht, Erfüllung zu verlangen, wird dem K.-V. genommen, weil er sich nicht erklärt, nicht (wie Willenbücher S. 35 Nr. 3 annimmt) weil sein Rücktritt vom Vertrag fingiert wird. Nicht nur der K.-V., sondern auch der andere Teil befindet sich in der in Bem. I. 5 bezeichneten Lage. Es wird nicht das Wahlrecht auf den Vertragsgegner übertragen, so dass dieser nun seinerseits dem K.-V. gegenüber Erfüllung verlangen dürfte. Dem letzteren ist nur das Recht entzogen, Erfüllung zu verlangen, nicht aber die Befugnis, die Erfüllung zu verweigern. Die entgegengesetzte Auffassung entspricht der bestehenden Sachlage nicht und führt zu unannehmbaren Ergebnissen. Wenn der spätere Gemeinschuldner Waren nicht rechtzeitig lieferte, so ist der andere Teil, der dieselben anderswo teurer kaufen musste, für seinen Schaden nicht dadurch gedeckt, dass er den Kaufpreis zurückhält. Warum er nicht berechtigt sein soll, im Kv. Ersatz dieses Schadens zu verlangen, ist nicht einzusehen. [4]) Erklärt der K.-V. dagegen rechtzeitig, dass er auf Erfüllung des Vertrages bestehe, so ist Abs. 1 des § massgebend und es muss beiderseits in Gemässheit des Vertrages bezw. der gesetzlichen Vorschriften erfüllt werden. Auch bezüglich der Zeit der Erfüllung gelten die allgemeinen Bestimmungen. Daraus, dass der K.-V., obgleich die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, sich ohne Verzug erklären muss, darf man nicht schliessen, dass er auch sofort erfüllen müsse.

§ 16.

War die Lieferung von Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so

[1]) V. Stieglitz S. 91 Anm. f.

[2]) V. v. Sarwey S. 82; v. Wilmowski S. 94 Nr. 6; A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 228, nach dessen Ansicht der andere Teil gemäss Art. 358 H.-G.-B. den Verzug des K.-V. durch öffentliche Urkunde feststellen lassen kann. Dieser Art. setzt aber voraus, dass der andere Teil nach Art. 357 in Verzug ist, während hier der K.-V. nicht verpflichtet ist, sich vor erhaltener Aufforderung zu erklären.

[3]) R.-G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 1999; Endemann S. 165; v. Wilmowski § 15 Nr. 6 a. E.

[4]) V. v. Wilmowski § 15 Nr. 3; Dernburg Bd. 2 § 118 Anm. 6; Rassow in Gruchot Bd. 26 S. 447; v. Mandry § 43 Anm. 6; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 28 S. 394; Oetker a. a. O. S. 32. A. M.: Fitting § 6 Anm. 7 u. 8.

kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maassgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

(E. § 16; M. S. 69 ff.; K. S. 15; pr. K.-O. § 17.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Durch § 16 ist das dem K.-V. nach § 15 zustehende Wahlrecht ausgeschlossen, wenn es sich um Lieferung von Waren handelt, die nicht nur im allgemeinen einen Markt- oder Börsenpreis haben, sondern deren Preis sich auch im gegebenen Falle ermitteln lässt, und wenn zugleich ein sogen. Fixgeschäft (Art 357 H.-G.-B.) vorliegt, die Zeit der Erfüllung aber erst nach der K.-E. eintritt. In solchen Fällen löst sich das Zeitgeschäft in ein Differenzgeschäft auf und kann nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Diese Ausnahmebestimmung findet nur dann Anwendung, wenn die im § aufgestellten Erfordernisse sämtlich vorliegen. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so hat es bei § 15 sein Bewenden. Die in den Art. 354 und 355 H.-G.-B. vorgesehene Befugnis, vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, wird im § 16 nicht ausdrücklich erwähnt. Da Abs. 1 nur „eine Forderung wegen Nichterfüllung" einräumt, sonach jedes Wahlrecht ausschliesst, kommt diese Befugnis in Wegfall.[1]) Gegenstandslos ist im Falle des Kv. die Vorschrift des Art. 357 Abs. 2 H.-G.-B., weil ein Selbsthilfeverkauf nach der K.-O. überhaupt ausgeschlossen ist. Die in jenem Artikel festgesetzte Verpflichtung des Verkäufers brauchte deshalb in § 16 nicht erwähnt zu werden.[2]) Durch abweichende Vertragsbestimmungen, welche möglicherweise selbst die Rechte Dritter berühren könnten, kann die Anwendung des § 16 nicht ausgeschlossen werden. Den Parteien steht nicht das Recht zu, die im Falle des Kv. zum Nutzen der Gläubiger eintretenden Verfügungsbeschränkungen durch im voraus getroffene Verfügungen zu vereiteln.[3]) Dies muss folgerichtig auch insoweit gelten, als es sich um den Zeitpunkt handelt, von welchem ab zu rechnen ist. Von diesem Tage hängt gerade der Ausgang des Unternehmens zugunsten des einen oder anderen Teils, jedenfalls die Höhe der Forderung ab, welche von den Verfügungen der Vertragschliessenden unabhängig sein und lediglich nach der im Gesetz vorgesehenen Berechnung bestimmt werden soll.[4]) Wenn weder der K.-V. Ansprüche aus dem Vertrag geltend macht, noch der andere Teil aus der Konkursmasse

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. 1 S. 243, 244; v. Wilmowski § 16 Nr. 5 a. E.; Endemann S. 168, Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 38. A. M.: Brachmann S. 44.

[2]) So auch v. Wilmowski § 16 Nr. 6; Oetker a. a. O. Dadurch erledigen sich die Erörterungen Ladenburgs in Buschs Z. Bd. 1 S. 511 ff.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 242 ff. bes. Anm. 32; v. Wilmowski a. a. O.; Meisner S. 85 Nr. IIb.; Seligsohn in Buschs Z. Bd. 9 S. 408. A. M.: Dernburg Bd. 2 § 118 Anm. 11 und O.-L.-G. Köln 20. April 1887, rhein. Arch. Bd. 78 I. S. 5.

[4]) Vgl. die angef. Schriftsteller. A. M. Dernburg u. O.-L.-G. Köln a. a. O.

befriedigt sein will, kommt § 16, der sich nur auf das Kv. bezieht, überhaupt nicht zur Anwendung. [1])

II. Voraussetzungen der Anwendung des §.

1. Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben.

Während in der preuss. K.-O. (§ 17) von „fungibeln Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben", gesprochen wurde, neben denen noch „geldwerte Papiere" erwähnt worden sind, kann § 16 überall zur Anwendung kommen, wo es sich um eine „Ware," d. h. um eine bewegliche Sache, welche überhaupt Gegenstand eines Kaufes sein kann, handelt. Da aber solche Waren vorausgesetzt werden, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, und nur vertretbaren Sachen diese Eigenschaft zukommt, ergiebt § 16 denselben Sinn, wie die entsprechende Vorschrift der preuss. K.-O. Auch sind für die Annahme, dass eine sachliche Änderung beabsichtigt wurde, keine Anhaltspunkte vorhanden. Das Bestehen eines Markt- oder Börsenpreises für die betr. Ware wird hier in demselben Sinne wie im H.-G.-B. (v. z. B. die Art. 311, 343, 348, 354, 357, 365, 366) verlangt. „Dass der laufende Preis oder Kurs dieser Ware nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen (einer Börse) regelmässig festgestellt zu werden pflegt", wird hienach nicht erfordert. Es genügt vielmehr, wenn mit der betr. Ware regelmässig ein so bedeutender Handel getrieben wird, dass sich aus den Preisen, die bei den einzelnen Geschäften erzielt werden, jeweils ein Durchschnittspreis ermitteln lässt. Im Entwurf II. Lesung zu Art. 358 des H.-G.-B. war noch die regelmässige Feststellung nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen verlangt; der Artikel wurde aber „als den Begriff des Marktpreises zu eng fassend" gestrichen. Von Heimsöth wurde bemerkt: „es müsse über die Ware, welche einen Markt- oder Börsenpreis an einem Orte haben solle, eine erhebliche Zahl von Geschäften an diesem Orte geschlossen worden sein, so dass an diesem Orte ein gemeiner Preis oder Durchschnittspreis für diese Ware bestehe, den man mit Sicherheit als von den besonderen Verhältnissen der Kontrahenten und den sonstigen speciellen Umständen eines einzelnen oder weniger einzelner Geschäfte unabhängig bezeichnen könne" (M. S. 74 Anm. 1). [2])

Nach § 16 wird übrigens vorausgesetzt, dass sich für die in Frage stehende Ware „am Orte der Erfüllung oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatz für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte" ein solcher Markt- oder Börsenpreis ermitteln lässt. Es genügt also nicht, dass für die betr. Ware im allgemeinen ein Markt- oder Börsenpreis besteht. Vielmehr muss ein solcher am Orte und zur Zeit der Erfüllung des fraglichen Lieferungsgeschäftes gegeben sein und, wenn auch nur mit Hilfe von Sachverständigen, ermittelt werden können. Ist dies nicht möglich, so bleibt es, wie allseitig angenommen wird, (nach Abs. 3) bei der in § 15 aufgestellten Regel (Bem. III. 4).

2. Zeit, zu welcher die Lieferung erfolgen soll.

Zur Anwendung des § wird vorausgesetzt, dass die Lieferung der betr. Ware „genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen ist", dass also ein „Fixgeschäft" im Sinne des Art. 357 H.-G.-B. vorliegt, dessen Wesen darin besteht, dass die Erfüllung weder früher noch später als zu dem bestimmten Zeitpunkt geschehen darf (M. S. 69). Hienach ist auf die Auslegung, welche Art. 357 H.-G.-B. gefunden hat, und durch welche die gebrauchten Ausdrücke eine bestimmte Bedeutung erlangt haben, in erster

[1]) Vgl. Oetker in Buschs Z. Bd. 14 S. 37; v. Wilmowski § 16 Nr. 5 S. 97.

[2]) V. v. Hahn, H.-G.-B. Bd. 2 S. 167; Goldschmidt, Handelsr. Bd. 1. Abt. 2 S. 586 ff.; R.-O.-H.-G. 13. April 1871, Entsch. Bd. 2 S. 194 ff.

Linie Rücksicht zu nehmen. Zur Annahme eines „Fixgeschäftes" genügt es somit nicht, dass überhaupt eine bestimmte Zeit oder Frist für die Lieferung bedungen wurde, und kommt es weniger auf den Wortlaut der betr. Bedingung als auf die Absicht der vertragschliessenden Parteien an. Weder der Umstand, dass die Lieferungszeit in allgemeinen Ausdrücken, wie „in kürzester Frist", „sobald als möglich", „Spätherbst", „bei offenem Wasser", „mit dem nächsten Dampfer", „von Woche zu Woche", „monatlich", „täglich" bestimmt wurde, noch eine genauere Bezeichnung derselben durch Worte, wie: „in der nächsten Woche", „am nächsten Montag", „Mitte November", „zweite Hälfte Juli", „ultimo September", „medio August" u. s. w. genügen an sich, um ein Zeitgeschäft zum Fixgeschäft zu machen. Vielmehr liegt ein solches nur dann vor, wenn nach der Absicht der Parteien die Zeitbestimmung einen so wesentlichen Umstand bildet, dass nach Ablauf der bestimmten Zeit oder Frist die Erfüllung nicht mehr als eine vertragsmässige erscheint und wenn sie folglich nach der bei Abschluss des Vertrages obwaltenden Meinung nicht mehr als eine „verspätete Erfüllung", sondern geradezu als „Nichterfüllung" aufzufassen ist. Der Umstand, dass das Geschäft „gegen bar" abgeschlossen wurde, lässt auf eine solche Absicht nicht schliessen. Ebenso kann der Umstand, dass die betr. Ware erheblichen Preisschwankungen unterliegt, zwar bei Ermittelung der Absicht der Parteien von Bedeutung sein, ist aber für sich allein nicht entscheidend.[1])

Auch wenn ein Fixgeschäft vorliegt, kann § 16 nur dann Anwendung finden, soferne der für die Erfüllung festgesetzte Zeitpunkt erst nach der K.-E. eintritt, bezw. die hiefür bestimmte Frist erst nach dieser abläuft. Fällt die Erfüllungszeit dagegen vor diesen Zeitpunkt, so hat der K.-V. nach § 15 die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will, und kann im ersteren Falle die Rechte, die ihm nach den Art. 344 und 355 H.-G.-B. zustehen, ausüben, wenn er den für diesen Fall (in Art. 357 Abs. 1 H.-G.-B.) gegebenen Vorschriften genügt hat. Ausserdem ist die Anwendung des § 16, der im allgemeinen das Vorhandensein der in § 15 angegebenen thatsächlichen Verhältnisse voraussetzt und nur dessen Anwendung auf „Fixgeschäfte" beseitigt, dann ausgeschlossen, wenn der Vertrag von einer Seite vor der K.-E. schon vollständig erfüllt war. Sollte ein Fixgeschäft nach der ursprünglichen Absicht der Vertragschliessenden erst nach der Zeit, zu der die K.-E. erfolgte, erfüllt werden, wurde die Erfüllung aber vor dieser Zeit angeboten, und nach erfolgter Annahme ausgeführt, so ist überhaupt kein zweiseitiges Geschäft im Sinne des § 15 mehr vorhanden; die Sache liegt vielmehr ebenso, als ob es sich von vornherein um ein einseitiges Geschäft gehandelt hätte. Hienach kann der K.-V., wenn der Gemeinschuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hat, die Erfüllung der Gegenleistung fordern, während im umgekehrten Falle der andere Teil die Erfüllung aus der Masse nicht verlangen, sondern nur die ihm wegen Nichterfüllung zustehenden Entschädigungsansprüche im Kv. (als K.-Gl.) anmelden kann (Bem. I. 3 zu § 15 und Bem. III. zu § 21).[2])

[1]) V. insb. v. Hahn, H.-G.-B. Art. 357 § 1 Bd. 2 S. 376 ff.; Puchelt, Bd. 2 S. 325; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 2 S. 92 ff., Bd. 3 S. 277, 286, Bd. 4 S. 164, Bd. 5 S. 172 ff., Bd. 6 S. 20, 227, 378, 398, Bd. 8 S. 73 ff. und Nr. 58, Bd. 9 S. 406 ff., Bd. 10 S. 148 ff., Bd. 11 S. 432, Bd. 16 S. 291, Bd. 20 S. 236.

[2]) Vgl. Hullmann S. 103 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 239; v. Wilmowski § 16 Nr. 1; Stieglitz S. 95 IV. Anm. c.; Meisner S. 82 Nr. 1; Fitting § 6 Anm. 16; Eccius Bd. 1 S. 802 § 117 Anm. 4; Dernburg Bd. 2 § 118 S. 312. A. M.: v. Sarwey S. 88, 89; Wengler S. 151; v. Mandry § 40 S. 340. Dieselben berücksichtigen nicht, dass § 16 nur eine Umgestaltung der in § 15 enthaltenen Vorschrift in Ansehung der Fixgeschäfte enthält. Dass die Mot. zur K.-O. den Mot. zum Entw. einer Gemeinschuldordnung entsprechen und diese (in § 20) den streitigen Fall der Vorschrift des § 20 unterwerfen wollte, ist ohne Bedeutung. Da § 15 der K.-O. den Fall, auf welchen sich § 20 des Entw. zu einer Gemeinschuldordnung bezog, nicht umfasst, ist auch die Tragweite der Mot. eine andere geworden.

III. Feststellung der Forderung wegen Nichterfüllung.

1) Liegen die (Bem. I. und II.) erörterten Voraussetzungen vor, so hat der K.-V. nach der Schlussbestimmung in Abs. 1 des § nicht die dem anderen Teil schon durch § 15 entzogene Wahl, ob er die Erfüllung verlangen und die aus den Art. 354—357 H.-G.-B. abzuleitenden Rechte verfolgen will oder nicht. Auch er kann vielmehr nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen. Es handelt sich hier nicht um einen Verzug nach eingetretener Erfüllungszeit. Vielmehr wird durch die vorher eintretende K.-E. das Lieferungsgeschäft, soweit es sich um das Kv. handelt, in ein Differenzgeschäft aufgelöst. Die erfolgreiche Geltendmachung einer solchen Forderung ist dadurch bedingt, dass die Nichterfüllung der betr. Partei Schaden bringt. Deshalb kann, je nachdem der zu ermittelnde Markt- oder Börsenpreis höher oder niedriger als der im Vertrag festgesetzte Preis ist, der eine oder der andere Teil Entschädigung verlangen. Übrigens bleibt die Umwandlung des Lieferungsgeschäftes in ein Differenzgeschäft, die sich mit der K.-E. kraft Gesetzes vollzieht, auch dann in Kraft, wenn das Kv. durch Zwangsvergleich oder Einstellung beendigt wurde, und kann in diesem Falle weder der Gemeinschuldner noch der andere Teil nachträglich die Erfüllung verlangen (Bem. I. 5 zu § 15).[1])

2) Dass bei Berechnung dieser Entschädigungsforderung der Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Markt- oder Börsenpreis zu Grund gelegt werden muss, welcher gleichartige Waren für den Lieferungstag oder die Lieferungszeit an dem Erfüllungsorte oder an dem für diesen massgebenden Handelsplatz gehabt haben, war nicht zweifelhaft. Dagegen bestanden Zweifel bezüglich der Frage, von welchem Tage jener Markt- oder Börsenpreis zu nehmen ist, und es wurde erwogen, ob nicht nach dem Vorgang der preuss. K.-O. (§ 17) der am Erfüllungstage geltende Kurs für maassgebend zu erklären sei, oder, wie von anderer Seite vorgeschlagen wurde, der nach einer Durchschnittsberechnung für die ganze Lieferungsfrist sich ergebende Kurs, oder endlich der Kurs des Tages, an dem die Zahlungseinstellung erfolgte oder bekannt wurde. Wenn man sich entschloss, von Vorschriften dieser Art abzusehen und im allgemeinen an dem Zeitpunkt der K.-E. festzuhalten, so war insbesondere maassgebend, dass die K.-E. die Nichterfüllung des Lieferungsvertrages bewirkt und den Anspruch auf Geldentschädigung begründet, dass es auch der Absicht der Parteien entspricht, mit der K.-E. den Lieferungstermin für abgelaufen und den Erfüllungstag für sofort eingetreten anzusehen. Ferner wurde erwogen, dass der Zeitpunkt der K.-E. dem Gemeinschuldner wie dem andern Teil gleiche Aussichten auch insofern bietet, als beiden auf den Eintritt der K.-E. ein gleicher Einfluss zusteht (M. S. 73 und 74).

3) Der Vorschrift des Abs. 2, nach welcher für die Berechnung des Preisunterschiedes nicht der Tag der K.-E. massgebend ist, sondern der zweite Werktag nach derselben den „Regulierungstag" bildet, liegt der Gedanke zu Grund, dass nach § 16 der andere Teil in die Lage gebracht werden soll, an Stelle des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäftes zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ein neues gleichartiges Geschäft zu demjenigen Preise abzuschliessen, welcher für jenes Geschäft mit dem Gemeinschuldner berechnet wird. Jener soll hienach in der Lage sein, das neue Geschäft an dem Regulierungstage abzuschliessen. Das vermag er aber nicht an dem Tage der K.-E., welche oft erst nach dem Schlusse der Börse erfolgt und ihm selten vor deren Schluss bekannt werden kann. Derjenige, der mit dem Gemeinschuldner ein Fixgeschäft abgeschlossen hat, — die betr. Vorschrift kommt übrigens auch dem K.-V. zu gut — hat hienach Zeit, durch Abschluss eines neuen Geschäftes sich dieselbe Ware, die ihm der Gemeinschuldner zu liefern hatte, zu verschaffen, oder, falls er seinerseits an den Gemeinschuldner liefern sollte, anderweitig abzusetzen. Der Unterschied zwischen den Preisen dieses und des mit

[1]) V. Hullmann S. 104; Dernburg Bd. 2 § 118 a. E.; pr. Obertrib. 9. Okt. 1860, Striethorst Bd. 38 S. 285.

dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäftes aber soll vergütet werden. Da der zweite Werktag nach der K.-E. als Regulierungstag angenommen wurde, so kommt ein auf diese folgender Sonntag bei der Berechnung nicht in Betracht. Ebenso sind diejenigen Tage ausser acht zu lassen, welche am Erfüllungsorte oder an dem maassgebenden Handelsplatze als gesetzliche Feiertage gelten. Da jedoch nicht, wie aus den Mot. geschlossen werden könnte, der auf die K.-E. folgende, sondern erst der zweite Werktag entscheidend ist, dient, wie allseitig angenommen wird und jetzt auch hinsichtlich des Art. 41 der W.-O. feststeht, nicht bloss der Tag der K.-E., sondern auch der nächste Werktag zur Kenntnisnahme und Vorbereitung des Geschäftes.

Wenn die Erfüllungszeit oder der Ablauf der für die Lieferung bestimmten Frist mit dem Tag der K.-E. oder dem darauf folgenden Werktag zusammenfällt, so ist es nicht möglich, einen den Vorschriften des Abs. 2 entsprechenden Markt- oder Börsenpreis zu ermitteln, denn am zweiten Werktag mit der Erfüllungszeit der vorhergegangenen Tage abgeschlossene Geschäfte giebt es nicht. Auch wäre es willkürlich, den Kurs des Erfüllungstages zu Grunde zu legen. Der Fall muss daher gemäss § 16 Abs. 3 nach § 15 behandelt werden.[1])

4) Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung ist zwar nach dem Markt- oder Börsenpreis zu berechnen, welcher sich am zweiten Werktag nach der K.-E. ergiebt; es kommen dabei aber nur solche Geschäfte in Betracht, welche „mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossen sind.“ Die Forderung wird so berechnet, wie wenn das Geschäft am zweiten Werktag nach der K.-E. geschlossen und Lieferung mit der im Vertrag bedungenen Erfüllungszeit vereinbart wäre. Der bei Platzgeschäften oder bei bedungener Barzahlung für sofortige Lieferung an diesem Tage gezahlte Preis, durch dessen Zugrundlegung der Inhalt des Vertrages willkürlich geändert würde, ist nicht maassgebend. Bei Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, wird die Ermittelung nur dann unmöglich sein, wenn an dem in Frage stehenden Platz derartige Geschäfte für den entscheidenden Zeitpunkt nicht geschlossen wurden. Dass in solchen Fällen § 16 überhaupt keine Anwendung finden kann, ist in Abs. 3 ausdrücklich gesagt; es kann also nicht etwa auf den Kurs am vertragsmässigen Lieferungstage oder auf den Durchschnittskurs der Lieferungsfrist zurückgegangen werden. In einem derartigen Falle liegt ein Bedürfnis zur Anwendung des § 16 nicht vor, weil weder die Vertragschliessenden gefährlichen Kursschwankungen ausgesetzt sind, noch ein solches Geschäft als Glied einer Reihe gleichartiger Geschäfte anzusehen ist (M. S. 74).

§ 17.

Auf Pacht- und Mietverträge über Sachen übt, wenn deren Übergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so kann sowohl der andere Teil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche;

[1]) V. v. Wilmowski § 16 Nr. 4; Willenbücher S. 36 Nr. 1 c.; Fitting § 6 Anm. 18; Eccius Bd. 1 S. 802 a. E.; Dernburg Bd. 2 § 118 Anm. 12. A. M.: Brachmann a. a. O. S. 45 Anm. 2 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 240, welcher die in § 6 aufgestellte Vermutung für durchschlagend hält. Diese kann aber hier bei dem Schweigen des Gesetzes nicht angerufen werden.

2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräusserung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung.

§ 18.

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet hatte, und die Übergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Teil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Auf Erfordern des Verwalters muss der andere Teil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterlässt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.

(E. §§ 17 und 18; M. S. 74 ff.; K. S. 15; pr. K.-O. § 18.)

Dienstmiete S. 78.
Erträgnisse S. 80.
Gemeinschuldner als Mieter S. 79 ff., 82.
— — — — — — Vermieter S. 81.
Inventar S. 79.
Kündigungsfrist S. 80.
Mehrheit von Sachen S. 79.
Rechte S. 78, 79.
Sachmiete S. 78.
Schadenersatz S. 81, 82.
Wahlrecht S. 81, 82.
Wohnungsmiete S. 79.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Auf Pacht- und Mietverträge finden die Vorschriften des § 15 keine Anwendung, weil die Erfüllung sich hier nicht, wie es bei den übrigen ein Schuldverhältnis begründenden Verträgen meist der Fall ist, durch eine einmalige Leistung ihres Gegenstandes vollzieht, sondern die Erfüllung dieser Verträge, welche auf ein fortdauerndes Verhältnis zu einer Sache gerichtet sind, in die einmalige Hingabe der Sache, und das fortdauernde Gewähren von Gebrauch und Nutzung derselben zerfällt (M. S. 74 ff.). Mit Rücksicht auf dieses Verhältnis, das in einzelnen Gesetzgebungen dazu geführt hat, dem Pächter bezw. Mieter ein dingliches Recht einzuräumen, wurde die in § 15 enthaltene Regelung hier nicht als angemessen angesehen. Vielmehr gelangte die Auffassung zur Geltung, dass die K.-E. zwar die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unmittelbar hemmen dürfe, dagegen dessen Beendigung vor dem vertragsmässig bedungenen Zeitpunkte gestattet werden müsse. Die in §§ 17 und 18 enthaltenen besonderen Vorschriften unterscheiden, ob bei Eintritt des Kv. die Sache schon übergeben war oder nicht. Den ersten Fall regelt § 17, den zweiten § 18.

2) Die beiden §§ beziehen sich nur auf Pacht- und Mietverträge über Sachen, nicht auf die Dienstmiete, auf welche, soweit nicht § 19 zutrifft, § 15 zur Anwendung kommt. Dagegen finden jene Vorschriften gleichmässig Anwendung auf Pacht- und Mietverträge über unbewegliche, wie über bewegliche körperliche Gegenstände. Auch soweit bestimmte Rechte den Gegenstand des Mietvertrages bilden, sind die §§ anzuwenden, da diese Rechte zu den Sachen im weiteren Sinne des Wortes gehören und die Verpachtung derselben auch in anderer Beziehung unter die Vorschriften über die Sachmiete fällt,[1])

[1]) V. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 399 Anm. 8.

jedenfalls hier nur die Dienstmiete ausgeschlossen sein soll. Insbesondere sind diese §§ maassgebend, soweit die Verpachtung eines Jagdrechtes oder Fischereirechtes in Frage steht. Hier ist nicht der das Jagdgebiet bildende Grund und Boden oder das Fischwasser selbst, sondern eine einzelne dort auszuübende Befugnis Gegenstand des Pachtvertrages. Aber das Bedürfnis nach einer Kündigung kann auch hier bestehen, sofern die Verwertung des Rechtes Schwierigkeiten macht. Die „Übergabe“ erfolgt hier durch die Übertragung des Rechtes.[1]) Ob der Vertrag als Pacht- oder als Mietvertrag aufzufassen ist, bewirkt einen Unterschied nicht. Auch die Wohnungsmiete des Gemeinschuldners wird durch die Vorschriften der §§ betroffen und ist daher wie nach der preuss. K.-O. für den K.-V. bindend, bis sie vertragsmässig oder zufolge einer Kündigung beendigt ist.

II. Fälle, in denen die Übergabe der Sachen schon erfolgt ist. (§ 17.)

1) Die Frage, ob die Sachen, welche den Gegenstand des Pacht- oder Mietvertrages bilden, zur Zeit der K.-E. bereits übergeben waren, bereitet in der Regel keine Schwierigkeit. Ob die „Übergabe der Sache“ stattgefunden hat, ist unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse und der Absicht der Parteien zu entscheiden. Wenn der Mietvertrag ein einheitliches Ganzes bildet und noch nicht alle dem Mieter oder Pächter zu überantwortenden Gegenstände, auf die es diesem ankommt, übergeben worden sind, wird in der Regel § 18 (nicht § 17) zutreffen, denn die Übergabe ist erst dann erfolgt, wenn sie abgeschlossen, d. h. das Wesentliche übergeben ist. Wenn aber die Übergabe im wesentlichen erfolgt und nur die nachträgliche Übergabe einzelner Gegenstände, z. B. nach Übergabe eines Gutsinventars die Nachlieferung einzelner der Ausbesserung unterliegender Sachen vorbehalten ist, so muss § 17 Anwendung finden. Ist der Pächter noch gar nicht in den Besitz des Gutes oder des Inventars im ganzen eingewiesen, sondern die Übergabe erst vorbereitet oder durch Aushändigung einzelner Sachen begonnen, so ist diese nicht abgeschlossen. Ist von mehreren Räumlichkeiten bloss eine übergeben, so kommt es darauf an, ob der Sache nach mehrere Mietverträge vorliegen oder ob ein Raum als Hauptsache anzusehen ist und mit dessen Überweisung die Übergabe als abgeschlossen zu gelten hat.[2]) Nur auf die Übergabe der verpachteten oder vermieteten Sachen, nicht auf die Zahlung des Pacht- oder Mietzinses kommt es an. Sollte dieser vorausbezahlt, die verpachtete oder vermietete Sache aber zur Zeit der K.-E. noch nicht übergeben worden sein, so findet nicht § 17, sondern § 18 bezw. § 15 Anwendung. Hienach ist, wenn der K.-V. sich für Nichterfüllung entscheidet, die Partei, welche den Mietzins an den Gemeinschuldner bezahlt hat, nur berechtigt, ihren Anspruch auf Rückforderung und die ihr etwa zustehende weitere Entschädigungsforderung im Kv. geltend zu machen (§ 21).[3])

2) Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so wird, wenn die Voraussetzungen des § 17 vorliegen, der Vertrag durch die K.-E. nicht aufgehoben. Auch hat der K.-V. nicht (wie in den Fällen der § 15 und 18) das Recht, ohne weiteres vom Vertrage abzugehen. Dies gilt auch für solche Pachtungen, welche sich auf Staatsgut beziehen. Entgegenstehende Vorschriften sind aufgehoben. Dagegen ist sowohl der K.-V.

[1]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 249; v. Wilmowski § 17 Nr. I; Stieglitz S. 98; Willenbücher S. 38. A. M.: v. Sarwey S. 91 Nr. 1 a.

[2]) V. v. Wilmowski § 17 Nr. 2; Stieglitz S. 99; Meves S. 25, 26; v. Völderndorff Bd. 1 S. 250. Letzterer unterscheidet, ob die Übergabe inbetreff der Gegenstände eine teilweise ist oder der Akt selbst noch als unvollendet erscheint. Es handelt sich aber gerade darum, wann die Übergabe als vollendet anzusehen ist, obgleich erst ein Teil der auszuhändigenden Gegenstände übergeben wurde.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 266 Anm. 6; v. Sarwey S. 92 Nr. 2; Meves S. 26, 27; Arnold K. das Mietwesen § 18 Anm. 1 a. E. A. M. ist Fitting § 6 Anm. 22 und 30, der bloss eine im Schätzungswert des vertragsmässigen Anspruchs bestehende Entschädigung gewährt wissen will. Aber zunächt ist doch die Masse um den nicht erst durch Abschätzung zu bestimmenden Mietzins grundlos bereichert. Ausserdem kann weiterer Schaden entstanden sein.

als der andere Teil befugt, den Vertrag zu kündigen. Keiner von beiden ist an die vertragsmässige Kündigungsfrist gebunden, wenn diese von längerer Dauer ist als die gesetzliche oder ortsübliche Frist. Die Regelung solcher Fälle, in welchen derartige, fast überall bestehende Fristen mangeln, wurde der Landesgesetzgebung überlassen (M. S. 79). Falls eine gesetzliche Kündigungsfrist fehlt, muss es bei der vertragsmässigen Frist sein Bewenden haben; denn daraus, dass von zwei verschiedenen Fristen die kürzere maassgebend sein soll, darf nicht gefolgert werden, dass, falls nur eine vertragsmässige Frist vorliegt, die Kündigung an gar keine Frist gebunden sei. Das Gesetz versagt der vertragsmässigen Frist nicht jede Wirkung, sondern bestimmt nur, dass sie der gesetzlichen Frist weichen muss, wenn diese die kürzere ist. Wenn es an einer solchen fehlen sollte, muss jene daher ebenso ihre Wirkung behalten, wie in dem Falle, in welchem sie kürzer ist als die gesetzliche Frist. Dies muss um so mehr gelten, als niemand sagen kann, wie lange die nicht bestehende gesetzliche Frist wäre, wenn eine solche bestände und ob sie nicht länger sein würde wie die vereinbarte Frist.[1]) Nur wenn es auch an einer vereinbarten Kündigungsfrist fehlt, kann die Kündigung jederzeit stattfinden, da die Unkündbarkeit durch das Gesetz jedenfalls beseitigt werden soll. Die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher die Aufkündigung eines Pachtverhältnisses erst zu Ablauf des auf die K.-E. folgenden Wirtschaftsjahres gestattet sein sollte, wurde als ungerechtfertigt abgelehnt. Auch wurde es für überflüssig gehalten, besonders vorzuschreiben, dass die Kündigung eines solchen Verhältnisses nur zu Ablauf eines Wirtschaftsjahres geschehen dürfe, weil nirgends eine Aufhebung mitten im Wirtschaftsjahr gestattet sein würde. Auch in dieser Beziehung hat es demnach bei dem geltenden Recht oder Ortsgebrauch sein Bewenden. Als selbstverständlich wurde es angesehen, dass in der Unterlassung der Kündigung während des ersten Wirtschaftsjahres ein Verzicht auf das weitere Kündigungsrecht nicht zu finden sei, dieses vielmehr, wenn im ersten Jahr kein Gebrauch davon gemacht worden sei, auch noch in den folgenden Jahren ausgeübt werden dürfe (M. S. 79 und 80). An Stelle der vertragsmässigen Kündigungsfristen treten hienach die gesetzlichen bezw. ortsüblichen Fristen.[2])

Solange der Pacht- oder Mietvertrag fortbesteht, fliessen die Erträgnisse aus den vom Gemeinschuldner gepachteten oder gemieteten Sachen bezw. die an denselben zu zahlenden Pacht- oder Mietzinsen in die Masse. Auch kann kein Zweifel darüber bestehen, dass der an den andern Teil zu zahlende Mietzins, soweit es sich um die Zeit nach der K.-E. handelt, als „Masseschuld" (§§ 50 ff.) anzusehen ist. Dies ergiebt sich aus dem Grund des Gesetzes (Bem. I. 4 zu § 15). Der Wortlaut des § 52 Z. 2 trifft aber ebenfalls zu, denn es handelt sich um „zweiseitige Verträge, deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss."[3]) Dass der Gemeinschuldner kein Recht darauf hat, die gepachteten Grundstücke nach Eröffnung des Verfahrens noch weiter zu geniessen oder in der gemieteten Wohnung zu verbleiben, folgt aus den §§ 5 und 107. Wie lange er in der Wohnung belassen werden muss, ist lediglich nach § 118 zu bestimmen. Eine Übertragung der dem Gemeinschuldner zustehenden Mietzinsforderung ist, soweit diese letztere für die Zeit nach der K.-E. erwächst, unwirksam. Ob die Nutzung nach diesem Zeitpunkte noch gewährt wird, hängt nicht von seiner Verfügung ab. Deshalb müssen auch seine über den Gegenwert solcher Nutzungen getroffenen Verfügungen, selbst wenn sie vor der K.-E. getroffen wurden, unwirksam sein.[4])

[1]) So auch v. Sarwey S. 94 und Meisner S. 91. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. 1 S. 257—259, Stieglitz S. 101, Endemann S. 178, v. Wilmowski § 17 Nr. 5, welche in diesem Falle sofortige Kündbarkeit ohne Rücksicht auf die vertragsmässige Kündigungsfrist annehmen; ferner O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 448 ff.

[2]) A. M.: nur Willenbücher S. 38 Nr. 3 b.

[3]) R.-G. (III.) 4. Mai 1880, Entsch. Bd. 1 S. 347; O.-L.-G. Hamburg 21. Jan. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 485, 486; O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889 a. a. O.

[4]) R.-G. (I.) 25. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 109.

Wer mit dem Gemeinschuldner einen Pacht- oder Mietvertrag auf längere Dauer abgeschlossen hat, ist, wenn das Pacht- oder Mietverhältnis zufolge einer Kündigung durch den K.-V. vor Ablauf der bedungenen Zeit beendigt wird, berechtigt, Ersatz des dadurch entstandenen Schadens zu verlangen (M. S. 78). Der Umstand, dass der K.-V. von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, kann den Schadenersatz nicht ausschliessen, denn das Gesetz sagt nicht, dass das Mietverhältnis ohne Entschädigung abgekürzt werden dürfe. In Ermangelung einer solchen Vorschrift kommt also das Landesrecht zur Anwendung.[1]) Da der K.-V. innerhalb der ihm zustehenden Befugnisse gehandelt hat, kann aber die Entschädigung nicht etwa (nach § 52 Z. 1) als Masseschuld geltend gemacht, sondern unbeschadet des in § 41 Z. 2 und 4 eingeräumten Absonderungsrechtes lediglich im Kv. angemeldet werden.[2]) Wird von dem andern Teil vor Ablauf der bedungenen Zeit gekündigt, so kann der K.-V., wie allseitig anerkannt wird, keine Entschädigung verlangen, da die Kündigung mit Rücksicht auf das Kv. gerechtfertigt und für dieses lediglich der Gemeinschuldner verantwortlich ist. Ebensowenig hat natürlich der Verpächter oder Vermieter, wenn er selbst kündigt, Entschädigung zu beanspruchen.

3) Hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so soll die K.-E. auf den Fortbestand des Pacht- oder Mietverhältnisses keinen Einfluss haben, weil auch andere Veränderungen, welche in der Person des Verpächters oder Vermieters eintreten, (Tod, Besitzwechsel u. s. w.) den Fortbestand des Vertragsverhältnisses nicht beeinflussen. Nur insoweit wurde eine Ausnahme für notwendig gehalten, als der Zustand der Verpachtung oder Vermietung die im Interesse der übrigen Gläubiger gebotene Veräusserung der Sache hindern würde. Eine besondere Vorschrift dieser Art war nur für diejenigen Länder notwendig, in denen der Satz: „Kauf bricht Miete" nicht gilt. Für diese Gebiete aber genügte es, der freiwilligen Veräusserung durch den K.-V. dieselbe Wirkung beizulegen, welche das bürgerliche Recht einer Zwangsveräusserung beilegt. Nur wenn letztere eine Beendigung des Pacht- oder Mietverhältnisses herbeiführt, oder eine frühere als die vertragsmässige Kündigung ermöglicht, hat also auch die Veräusserung durch den Verwalter diese Wirkung. Über die Pacht- und Mietzinsen hat der K.-V. zu verfügen, solange sie nicht von den absonderungsberechtigten Gläubigern mit Beschlag belegt worden sind. Die Einleitung des Zwangsveräusserungsverfahrens enthält eine solche Beschlagnahme nach dem preuss. Ges. vom 13. Juli 1883 nicht (Bem. 1 a. E. zu § 107).[3])

Wird durch die vom K.-V. vorgenommene Veräusserung eine Aufhebung des Pacht- oder Mietverhältnisses vor Ablauf der bedungenen Zeit herbeigeführt, so kann der Pächter oder Mieter die ihm daraus erwachsende Entschädigungsforderung im Kv. geltend machen (Bem. II. 2 a. E).

III. Fälle, in denen die Übergabe der Sache noch nicht erfolgt ist. (§ 18.)

1) Wenn der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet hat und die Übergabe der Sache noch nicht erfolgt ist, das Pacht- oder Mietverhältnis also vonseite des Pächters oder Mieters nicht einmal teilweise in Vollzug gesetzt wurde (Bem. II. 1), hat es mangels besonderer Vorschrift in der K.-O. bei § 15 sein Bewenden. Es steht hiernach im Belieben des K.-V., ob er den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Teile verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will. Ebenso ist dieser verpflichtet, auf Erfordern des andern Teils die in § 15 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung

[1]) So R.-G. (II.) 14. Febr. 1882 und 18. Dez. 1883, sowie R.-G. (V.) 13. April 1887, Entsch. Bd. 7 S. 19, Bd. 11 S. 357, Bd. 18 S. 269 ff., bes. S. 271; O.-L.-G. Köln 16. Mai 1883, rhein. Arch. Bd. 74 II. S. 55; O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889 a. a. O.; v. Wilmowski § 17 Nr. 4. A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 256; Fitting § 6 Anm. 30; Oetker a. a. O. S. 40.

[2]) O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889 a. a. O.

[3]) R.-G. (V.) 13. März 1889, Entsch. Bd. 23 S. 54 ff.

ohne Verzug abzugeben, wirdrigenfalls er auf der Erfüllung nicht bestehen kann. Entscheidet er sich für die Nichterfüllung, so kommt § 21 zur Anwendung, und kann sonach der andere Teil seine Entschädigungsansprüche als K.-Gl. geltend machen. Verlangt der K.-V. dagegen die Erfüllung, so ist für diese lediglich § 15, nicht § 17 Z. 2 maassgebend, da dieser § die erfolgte Übergabe voraussetzt (M. S. 82).[1])

2) Hat der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so steht dem K.-V., wenn die Sache noch nicht übergeben wurde, gleichfalls das in § 15 vorgesehene Wahlrecht zu. Da aber die Person des Pächters bezw. Mieters von ganz anderer Bedeutung ist, als die des Verpächters oder Vermieters, wurde diesem letzteren aus denselben Gründen, die dazu führten, ihm in § 17 Z. 1 ein besonderes Kündigungsrecht zu gewähren, ein Rücktrittsrecht eingeräumt, das er, ohne Entschädigungsansprüche befürchten zu müssen, ausüben kann. Erst wenn von diesem Recht kein Gebrauch gemacht worden oder dasselbe durch Unterlassung der „ohne Verzug" zu gebenden Erklärung verloren worden ist, kommt das Wahlrecht des K.-V. in Frage. Der Verpächter bezw. Vermieter, der zur Erfüllung bereit ist, kann seine Entschädigungsansprüche im Kv. geltend machen, falls sich der K.-V. für die Nichterfüllung entscheidet (§§ 15 und 21).

§ 19.

Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.

(E. § 19; M. S. 82 ff.; K. S. 17 ff., 149 u. 156).

1) Der § 19 handelt von der Dienstmiete, enthält aber nur für die eigentlichen Dienstverträge besondere Vorschriften, während es für die anderen Fälle der Dienstmiete, da sie weder durch die §§ 17 und 18 noch durch § 19 betroffen werden, bei § 15 sein Bewenden hat. Er betrifft ferner nur solche Dienstverhältnisse, welche die Erwerbsthätigkeit vollständig oder doch hauptsächlich in Anspruch nehmen und bei denen es sich um fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste handelt, mögen diese lediglich in körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche besondere Sachkenntnis u. s. w. erfordern. Ob das Verhältnis im Sinne des § 4 des Reichsges. vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeitslohns ein dauerndes ist, kommt nicht in Betracht. Nicht hierher gehören die locatio conductio operis und die Verträge über Dienstleistungen, welche untereinander in keinem Zusammenhang stehen. Auch der Unterschied zwischen „operae locari solitae" und „operae liberales" ist für § 19 unerheblich. Als Beispiele von Fällen, auf welche die Vorschrift des § zutrifft, wurden in den Mot. (S. 83) angegeben: „Die Dienstverträge des Gemeinschuldners mit Hausdienern und Handlungsdienern, Packern, Markthelfern, mit seinen Handlungsgehilfen oder Gewerbegehilfen, Gesellen, Fabrikarbeitern, Werkmeistern oder mit Technikern oder anderen Privatbeamten" (vgl. Bem. II. 2 zu § 54).

[1]) V. Hullmann § 18 Nr. 5; v. Wilmowski § 18 Nr. 1. A. M.: Oetker a. a. O. S. 46.

2) Auch sofern ein Dienstvertrag in dem angegebenen Sinne vorliegt, ist die Anwendung der §§ 15 und 19 zweifelhaft, falls es sich um Verbindlichkeiten handelt, welche mit der Person des Gemeinschuldners in untrennbarem Zusammenhange stehen. In dem ersten Entw. war in § 19 von einem „bei dem Gemeinschuldner angetretenen Dienstverhältnis" die Rede. In den Mot. (S. 83) wurde aber bemerkt: „dass diejenigen Dienstverhältnisse ausgeschlossen sind, in denen der Gemeinschuldner der Dienstleistende ist, und diejenigen, nach welchen er zwar die Dienste zu fordern hat, die Dienste aber nur an ihn, und nicht an den K.-V. und zur Konkursmasse geleistet werden können." Auch wurde dieser Standpunkt in der Reichstagskommission ausführlich verteidigt. Dem dargelegten Gedanken gab Abg. von Vahl die Fassung, dass das Dienstverhältnis mit der K.-E. aufgehoben werde, „soweit dasselbe nur zu persönlichen Dienstleistungen bei dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen verpflichtet." Diese Unterscheidung fand jedoch keinen Anklang. Vielmehr wurde ein Zusatz angenommen, in dem gesagt war: „Die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel ob die Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht." Zur Begründung dieses Antrags hatte Websky bemerkt: er wolle das Gegenteil von dem zum Ausdruck bringen, was der Antrag des Vorsitzenden (von Vahl) bezwecke, und dann noch beigefügt: Der „Angehörigen" habe er nicht besonders gedacht, weil er annehme, dass durch den Antrag der Fall, wo es sich um Leistungen an einen Angehörigen handle, ohnehin mitgetroffen werde (K. S. 17 und 18). Durch die Redaktionskommission wurde sodann dem §, einschliesslich des von Websky beantragten Zusatzes, die gegenwärtige Fassung gegeben, durch die der Gedanke ausgedrückt werden soll, wenn ein Dienstverhältnis der im § bezeichneten Art vorliege, komme es nicht darauf an, ob die Dienstleistungen nur dem Gemeinschuldner persönlich oder auch den Gläubigern zugutkommen. Dass dies der Sinn der Vorschrift ist, ergiebt sich auch deutlich aus dem Gesetz selbst, denn ein im Haushalt des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann der Natur der Sache nach nicht dem K.-V. gegenüber erfüllt oder fortgesetzt werden. Die Mot. haben durch die vorgenommenen Änderungen jede Bedeutung für die Frage verloren. Da der von Websky ausgesprochene und von der Kommission gebilligte Gedanke auch durch die jetzige Fassung ausgedrückt wird, bedurfte es einer ausdrücklichen Aufnahme seines Antrags in das Gesetz nicht, um die in den Mot. gemachte Unterscheidung auszuschliessen.[1]) Der nach § 15 zu beurteilende Fall, dass der Gemeinschuldner in einem Dienstverhältnis steht, wird durch § 19 nicht berührt.

3) Für die Anwendung des § 19 ist es unerheblich, ob die fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste sich auf den Wirtschaftsbetrieb oder auf das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners bezieht, also auch von dem K.-V., der die Vermögensverwaltung übernimmt, in Anspruch genommen werden kann, oder ob die Dienste lediglich dem Haushalt des Gemeinschuldners und seiner Familie zugut kommen (Bem. 1). Hienach sind auch die eigentlichen Dienstboten und alle diejenigen, welche ein dauerndes Dienstverhältnis anderer Art (z. B. als Hauslehrer, Erzieherin u. s. w.) bei dem Gemeinschuldner angetreten haben, berechtigt, die Vorschrift des § für sich geltend zu machen. Auch bezüglich dieser Personen liegt ein Dienstverhältnis im „Haushalte" des Gemeinschuldners vor, der nicht mit dem wirtschaftlichen Begriffe der Hauswirtschaft zusammenfällt, sondern das ganze Hauswesen mit den verschiedenen häuslichen Interessen umfasst. Dass die betreffenden Personen zur Hausgenossenschaft gehören, ist nicht nötig. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Dienste für den Gemeinschuldner oder für dessen Angehörige bestimmt waren, wenn nur die Verpflichtung dem Gemeinschuldner gegenüber eingegangen wurde und die Bezahlung des Lohns von ihm verlangt werden kann. Auch die Kammerjungfer der Frau oder Tochter sowie die Erzieherin

[1]) V. Hullmann S. 109 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 270 ff; v. Wilmowski § 19 Nr. 3; Stieglitz S. 107, 108; Meisner S. 93, 94; Willenbücher S. 41; Fitting § 6 Anm. 31; Endemann S. 179. A. M.: Brachmann a. a. O. S. 60; v. Sarwey S. 99; Wengler S. 164; Fuchs S. 109.

der Kinder kann also auf die im § vorgeschriebene Kündigung Anspruch machen. Ein Arzt oder ein Lehrer, der sich vertragsmässig verpflichtet hat, gegen ein bestimmtes Honorar im Haus zu bestimmten Zeiten Unterricht zu erteilen, steht dagegen nicht in einem Dienstverhältnis.

4) § 19 findet nur dann Anwendung, wenn das Dienstverhältnis zur Zeit der K.-E. bereits „angetreten" war (K. S. 149). Bezüglich der noch nicht angetretenen Dienstverhältnisse ist § 15 massgebend. Soweit landesgesetzliche Vorschriften bestehen, greift übrigens der in § 20 enthaltene Vorbehalt durch, weil dann § 19 keine Anwendung findet (vgl. Bem. zu § 20).[1]

5) Fällt ein Dienstverhältnis unter § 19, so kann sowohl die im Dienst des Gemeinschuldners stehende Person als der K.-V. unter Einhaltung der im Vertrag bedungenen Frist kündigen; wenn diese länger ist als die gesetzliche oder ortsübliche Frist, sind wie im Fall des § 17 Z. 1 die letztern Fristen maassgebend. Da gesetzliche und ortsübliche Fristen hier häufiger als bei der Sachenmiete fehlen und es bei der Mannigfaltigkeit der Dienstverträge nicht möglich war, für solche Fälle die Kündigungsfristen allgemein zu regeln, wurde deren Festsetzung dem Konkursgerichte übertragen, welches lediglich das in den §§ 65, 66 vorgesehene Verfahren einzuhalten hat. Gegen die Festsetzung findet sofortige Beschwerde statt (§ 66). Der Lohn oder Gehalt der im Dienst des Gemeinschuldners stehenden Personen muss bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses, also in der Regel bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, aus der Masse bezahlt werden, weil das Dienstverhältnis durch die K.-E. nicht aufgehoben wird. Während die Forderung für die bis zur K.-E. geleisteten Dienste als einfache Konkursforderung erscheint, die allerdings (nach § 54 Z. 1) in erster Linie befriedigt werden muss, ist sie von da an als Masseschuld anzusehen (§ 52 Z. 2). Dies gilt auch für die Forderungen derjenigen Personen, welche lediglich im Haushalte des Gemeinschuldners verwendet werden, deren Dienste also den K.-Gl. nicht zugut kommen. Der Zweck des Websky'schen Antrags war denn auch der, die in Frage stehenden Personen gegen die Gefahr zu schützen, nach der K.-E. entlassen oder auf den Gemeinschuldner verwiesen zu werden. Aus diesem Verhältnis können aber nur die im Dienst stehenden Personen Ansprüche ableiten. Wenn der K.-V. sich mit ihnen über eine frühere Aufhebung des Dienstverhältnisses oder über ihre Verwendung im Erwerbsgeschäfte u. s. w. einigt, kann sonach der Gemeinschuldner nicht verlangen, dass sie in seinem Haushalte Dienste leisten. Wird das Dienstverhältnis vor Ablauf der bedungenen Zeit aufgehoben, so können die desfallsigen Entschädigungsansprüche auch hier als Konkursforderungen geltend gemacht werden (vgl. Bem. I. 3 zu § 21).

§ 20.

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder die Landesgesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.

(E. § 20; M. S. 84 ff.; K. S. 19. 153 ff., 202; pr. K.-O. § 20.)

1) Ausser den durch die §§ 16—19 betroffenen Vertragsarten giebt es noch andere zweiseitige Verträge, bezüglich deren das bürgerliche Recht die Einwirkung der K.-E. auf

[1]) V. Hullmann Nr. 7; Stieglitz Bem. II. Abs. 2; v. Wilmowski § 19 Nr. 1 Abs. 2. A. M.: v. Sarwey § 19 Nr. 2.

das Vermögen eines der Vertragschliessenden besonders regelt. Dabei handelt es sich meistens darum, dass ein bestimmtes Vertragsverhältnis (z. B. die Gesellschaft) mit Eintritt des Kv. ohne weiteres aufgelöst wird bezw. seine Wirkungen verliert, oder die K.-E. doch als „Veränderung der Umstände" anzusehen ist, welche die Auflösung rechtfertigt. Ein Eingriff in diese Vorschriften wurde für ungerechtfertigt gehalten, weil anzunehmen sei, deren Grund liege in der Eigentümlichkeit der einzelnen Vertragsarten und sie seien mit dem Wesen des Kv. nicht unvereinbar. Als Beispiele wurden in den Mot. (S. 84, 85) angeführt: a. die Gesellschaftsverträge mit den Bestimmungen der l. 65 § 1 D. pro socio 17. 2., des sächsischen b. G.-B. (Art. 1385), des Code civil (Art. 1865 Nr. 4) und des deutschen H.-G.-B. (Art. 123 Nr. 3, 170 Abs. 2, 200, 261 Nr. 3); b. die Seeversicherung mit Art. 903 H.-G.-B.; c. das Rechtsverhältnis zwischen dem Lehrherrn und Lehrling mit § 128 der Gew.-O. vom 21. Juni 1869 (B. G.-Bl. S. 245 ff.); d. die Werkverdingung mit § 975 I. 11 des preuss. A. L.-R. — die §§ 977 und 978 ib. sollen nicht hierher gehören —; d. der Trödelvertrag mit §§ 520 und 521 I. 11 des letztern Gesetzbuchs.

2) Darüber, dass sich § 20 bloss auf zweiseitige Verträge beziehe, war man in der Reichstagskommission einig, nicht aber darüber, ob die mit § 15 in Widerspruch stehenden landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten werden sollten. Bei Beratung über § 4 E.-G. wurde auf Antrag von Goldschmidt beschlossen, im Protokoll als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter festzustellen: „Diese Fassung werde gewählt, um die Reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften angesichts des § 4 des E.-G. auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des § 15 nicht fallen würden, also in Bezug auf andere als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei: a. dass nur solche Vorschriften gewahrt würden, welche nicht die Wirkung der K.-E. auf Rechtsgeschäfte im allgemeinen festsetzen oder als Ausfluss solcher allgemeiner Bestimmungen diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche, mit Rücksicht auf die besondere Natur gewisser Rechtsverhältnisse, lediglich für diese, unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen, getroffen sind; b. dass diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der Erfüllung des Vertrages oder der Beendigung des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine Rückforderung des bereits Geleisteten aus der Konkursmasse betreffen. In letzterer Beziehung kommen vielmehr die Vorschriften des § 21 bezw. der §§ 35—38 zur ausschliesslichen Anwendung" (K. S. 202).

3) Die Vorschrift des § 20 bezieht sich nicht auf die §§ 16 bis 19; diese enthalten vielmehr zwingendes Recht. Die hier einschlagenden Landesgesetze werden folglich beseitigt (K. S. 156). Es steht sonach fest:

a. dass die landesgesetzlichen Vorschriften, welche sich nicht auf zweiseitige Verträge beziehen, weder durch § 15 noch durch § 4 des E.-G. berührt werden;

b. dass die Wirksamkeit des § 21 bezw. der §§ 35—38 durch den im § gemachten Vorbehalt nicht beeinträchtigt wird, dieser sich vielmehr nur auf die unter § 15 gehörigen Fälle bezieht;

c. dass die landesgesetzlichen Vorschriften, welche bezüglich zweiseitiger Verträge etwas anderes als § 15 bestimmen, nicht schon dann in Kraft bleiben, wenn sie der Form nach eine besondere Bestimmung für den Fall des Kv. enthalten, sondern nur, wenn sie als „besondere" Vorschriften in dem oben dargelegten Sinne anzusehen sind.

4) Welche Vorschriften der Landesgesetze in Kraft bleiben, ist nach deren besonderem Charakter zu bestimmen und kann hier nicht näher erörtert werden. Die in den Mot. (Bem. 1) angeführten Beispiele, bezüglich deren auch in der Reichstagskommission Widerspruch nicht erhoben wurde, sind zutreffend. Insbesondere gilt dies von der Beendigung der Gesellschaft. Andere Fälle sind bei Erläuterung des § 21 zu erörtern.

§ 21.

Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

(E. § 21; M. S. 86 ff.; K. S. 19 ff.; pr. K.-O. §§ 15. 16. 216).

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Wenn die Eröffnung des Kv. die Nichterfüllung eines Vertrages veranlasst, so entsteht die Frage, was an die Stelle des vertragsmässigen Anspruchs tritt. Diese Frage beantwortet § 16 für den Fall des Fixgeschäftes; die für alle übrigen Rechtsverhältnisse geltende Regel giebt § 21. Hiebei waren die Fälle, in denen zufolge des dem K.-V. eingeräumten Wahlrechtes die Nichterfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit eintritt (§§ 15 und 18), von denjenigen zu unterscheiden, in denen ein bestimmtes Rechtsverhältnis zufolge der K.-E. aufgehoben wird. Für den einen wie für den anderen Fall wird durch § 21 der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründete Anspruch des anderen Teils auf Entschädigung gewahrt. Dagegen soll dieser nur dann berechtigt sein, die auf Grund des Vertrages in den Besitz des Gemeinschuldners bezw. Verwalters gelangten Gegenstände zurückzufordern, wenn sie noch nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen sind, wenn also ein Aussonderungsrecht (§§ 35 ff.) besteht.

2) Die letztere Vorschrift wurde in den Mot. damit begründet, dass die Zurückforderung der in das Eigentum des Gemeinschuldners gelangten Gegenstände nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn der Vertrag zufolge der K.-E. als nicht geschlossen oder als aufgehoben zu erachten wäre, was nicht angenommen werden könne, da sich bloss die Art der Erfüllung ändere. Bezüglich des Code civil, nach welchem alle zweiseitigen Verträge für den Fall, dass der eine Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, aufgelöst werden können (Art. 1184, 1610 und 1654), wurde ausgeführt, dass diese Bestimmungen sich für den Handelsverkehr und das Falliment als unhaltbar erwiesen hätten (Art. 550 des Fallimentgesetzes von 1838), das „in seiner Anwendung durchlöcherte" Prinzip des rhein. Rechtes deshalb für das Konkursrecht nicht zugelassen werden könne. Insbesondere wurde bemerkt, dass es gegen den Grundsatz der Gleichstellung aller persönlichen Gläubiger verstosse, die K.-Gl. aus zweiseitigen Verträgen in dieser Weise zu bevorzugen, während andere K.-Gl., namentlich die Darlehensgläubiger, gleichviel ob sie Geld oder andere vertretbare Sachen gegeben hätten, immer nur soviel Geld erhielten, als die Konkursmasse biete (M. S. 86 und 90).

3) Unter die Vorschrift des § gehören ausser den Fällen, in welchen sich der K.-V. nach § 15 für die Nichterfüllung eines Vertrags entscheidet, auch diejenigen, in welchen (nach §§ 17—19) ein Miet- oder Dienstverhältnis durch Aufkündigung oder ein Verhältnis der ersteren Art durch Verkauf vor Ablauf der vertragsmässig bedungenen Zeit aufgehoben wird. Bis zur Beendigung des Verhältnisses bleibt der Vertrag in voller Geltung; deshalb kann von Rückerstattung der bis dahin bezogenen Früchte oder des bis dahin gezahlten Preises keine Rede sein. Wegen der vorzeitigen Aufhebung kann aber der dadurch ver-

letzte Teil Entschädigung beanspruchen. Ein solcher Anspruch besteht auch dann, wenn auf Grund der durch § 20 aufrechterhaltenen besonderen Bestimmungen eine vorzeitige Aufhebung des betr. Rechtsverhältnisses, z. B. des Gesellschaftsverhältnisses, herbeigeführt wurde (M. S. 92 und 93). Auch wenn dem Gemeinschuldner die Ausbeutung eines Patentes gegen Zahlung einer fortlaufenden Abgabe überlassen worden ist, kommt § 21 zur Anwendung.[1])

4) Ein Recht, das der Gemeinschuldner selbst nicht gegen den anderen Vertragschliessenden geltend machen könnte, ohne sich dem Einwand der Arglist auszusetzen, darf auch der K.-V. nicht ausüben. Hat sich z. B. der Gemeinschuldner gegen Zahlung einer Abfindungssumme verpflichtet, einen Wechsel an eine bestimmte, aus demselben haftende, Person herauszugeben, so darf der K.-V. nicht diesen Wechsel neuerdings in Umlauf setzen und gegenüber dem Anspruch auf dessen Herausgabe auf § 21 verweisen. Ebenso kann § 21 keine Anwendung finden, wenn der Gemeinschuldner vor der K.-E. unter Hypothekbestellung ein Darlehen aufgenommen und versprochen hatte, eine ältere, für eine bereits bezahlte Forderung bestellte, Hypothek löschen zu lassen, diese Löschung aber zur Zeit der K.-E. noch nicht erfolgt ist. In einem solchen Falle darf sich der K.-V. gegenüber dem Antrage auf Löschung nicht darauf berufen, dass dem Gläubiger nach § 21 nur eine Konkursforderung zustehe. Zur Anwendung des § 21 wird vorausgesetzt, dass die Nichterfüllung der Verbindlichkeit in Folge der K.-E. d. h. auf Grund der in der K.-O. enthaltenen Vorschriften eintritt. In den obigen Fällen hat aber der K.-V. kein Recht mehr, die Erfüllung zu verweigern, weil von einer Seite bereits vollständig erfüllt ist (§ 15).[2])

II. Rückgabe der Leistung.

1) Die im § enthaltenen Vorschriften werden durch den in § 20 gemachten Vorbehalt nicht berührt, greifen vielmehr überall durch (Bem. 2 zu § 20). Die wichtigste Bestimmung ist diejenige, nach welcher, wenn die K.-E. die Nichterfüllung einer dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses zur Folge hat, der andere Teil nicht berechtigt ist, die Rückgabe der Gegenstände zu verlangen, welche zufolge seiner Leistung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen sind. Der Sinn dieser Vorschrift ist nach obigen Erörterungen klar. Steht dem anderen Teil, z. B. weil er Eigentümer der in den Besitz des Gemeinschuldners gelangten Sachen verblieben ist, ein Aussonderungsrecht zu, so kann er dieses nach den §§ 35 ff. geltend machen. Ist das Eigentum aber auf den Gemeinschuldner übergegangen und das Aussonderungsbegehren auch nicht nach § 36 begründet, so kann der etwa nach bürgerlichem Recht begründete Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht dem K.-V. gegenüber geltend gemacht werden. Vielmehr verwandelt sich dieser Anspruch zufolge der K.-E. in eine blosse Geldforderung.

2) In den Rechtsgebieten, in welchen der Eigentumsübergang nicht durch Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung bewirkt wird, kommt es darauf an, ob eine rechtswirksame Besitzübertragung und demgemäss ein Eigentumsübergang erfolgte. Ist dies der Fall, so findet § 21 Anwendung. Der Umstand, dass die causa traditionis angefochten und daraus ein Anspruch auf die Rückgabe der Sache abgeleitet werden kann, ist nicht geeignet, diese Anwendung auszuschliessen. Nur der dingliche Anspruch, nicht die persönliche Klage, welche eine Rückgängigmachung der erfolgten Eigentumsübertragung zur Folge haben kann, bleibt nach § 21 bestehen.

Von tief eingreifender Bedeutung ist die Vorschrift des § für die Länder, in denen rheinisches Recht gilt. Auch für diese Gebiete behalten zwar die Art. 1184 und 1656 C. c.,

[1]) O.-L.-G. Hamb. 1. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Hauptbl.) S. 30.
[2]) R.-G. (I.) 5. März 1887, Entsch. Bd. 19 S. 59 ff.

nach welchen die Nichterfüllung durch einen Vertragschliessenden das Recht begründet, die Auflösung des Vertrags zu verlangen, insoweit ihre Kraft, als nicht das Konkursrecht eingreift. Da aber nach rhein. Rechte der Eigentumsübergang regelmässig durch blossen Vertrag bewirkt wird, kann der Gläubiger von dem Recht, die Auflösung des Vertrags und folgeweise die Rückgabe der dem Gemeinschuldner übertragenen Sache zu verlangen, dem K.-V. gegenüber keinen Gebrauch machen. Auf die Art. 1184 und 1656 C. c., die, soweit es sich um das Kv. handelt, ihre Kraft verloren haben, kann er ein Aussonderungsrecht nicht stützen, vielmehr hat er, wenn ihm nicht ein Absonderungsrecht zusteht, wegen der infolge der K.-E. eintretenden Nichterfüllung lediglich einen Entschädigungsanspruch als K.-Gl. geltend zu machen. Die von ihm geleistete Sache, welche in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist, sonach einen Bestandteil der Konkursmasse bildet, muss in dieser Masse verbleiben.[1]) Streng genommen hat die K.-E. allerdings nicht die Nichterfüllung der Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Folge, da der K.-Gl. wegen seiner Forderung durch Zahlung der Dividende diejenige Befriedigung erhält, welche im Kv. überhaupt eintritt. Aber diese mit dem Kv. verbundene Veränderung bezeichnet § 21 als „Nichterfüllung". War der Gemeinschuldner schon vor der K.-E. mit Zahlung eines von ihm geschuldeten Kaufpreises im Verzug, so kann daher, selbst wenn der Gläubiger schon früher die Auflösungsklage erhoben hatte, nicht geltend gemacht werden, die „Nichterfüllung" sei nicht Folge der K.-E., sondern der schon vor dieser eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. Der K.-V. ist an sich verpflichtet, die dem Gemeinschuldner obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, und könnte durch die Erfüllung die Auflösung des Vertrages ohne weiteres abwenden. Auch kann er sehr wohl in der Lage sein, den Kaufpreis zu bezahlen. Aber er braucht den Verkäufer, wie alle übrigen K.-Gl. in Gemässheit der K.-O. nur durch Zahlung der Dividende zu befriedigen. Auf diese vom Gesetz als Nichterfüllung bezeichnete Art der Befriedigung bezieht sich die Vorschrift des §, durch welche dem Verkäufer das Recht entzogen wird, vom K.-V. die Rückgabe der von ihm geleisteten Gegenstände zu verlangen. In den Mot. zu § 21 wurde zwar bemerkt, durch denselben solle das auf einem vor der K.-E. eingetretenen Verzug beruhende Recht zum Rücktritt nicht beseitigt werden. Aber abgesehen davon, dass diese Äusserung im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, kann aus derselben für das rhein. Recht nichts gefolgert werden, da nach den Art. 1184 und 1654 des C. c. der Vertrag durch die Nichterfüllung nicht von Rechts wegen aufgelöst wird, der Käufer vielmehr bis zu dem die Auflösung aussprechenden Urteil, ja noch in der Berufungsinstanz durch die Erfüllung des Vertrages die Auflösung abwenden kann. Auch in solchen Fällen ist sonach die „Nichterfüllung" infolge der K.-E. eingetreten. Nur wenn das die Auflösung aussprechende Urteil schon vor dieser rechtskräftig war, ist folglich die Anwendung des § 21 ausgeschlossen.[2]) Die Vorschrift des § 21 gefährdet im Gebiete des rhein. Rechts nicht bloss die bisher durch das „Resolutionsrecht" gesicherten Kaufpreisforderungen, sofern nicht vor der K.-O. das Kaufpreisprivileg eingeschrieben worden ist, sondern auch andere Forderungen, z. B. solche aus einem Schenkungsvertrag oder aus einer elterlichen Teilung; die neueren Gesetzgebungen haben übrigens einerseits die Einschreibung des Kaufpreisprivilegs in gewissem Masse erzwungen, andrerseits einzelne Vorzugsrechte von der Einschreibung befreit.[3])

3) Damit die Rückforderung der hingegebenen Sache unstatthaft ist, wird vorausgesetzt, dass diese letztere in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist; § 21 kann

[1]) V. insbes. Petersen und v. Zöller in Puchelts Z. Bd. 12 S. 293 ff. und 366 ff.; Scherer, rhein. Recht Bd. 1 S. 539 ff.; R.-G. (II.) 18. März 1887, Entsch. Bd. 17 S. 78 ff.; bayer. ob. Landesger. 19. Mai 1884, Samml. Bd. 10 S. 444; O.-L.-G. Zweibrücken 12. Okt. 1880 und 13. Febr. 1884; Puchelts Z. Bd. 12 S. 634 ff., Bd. 15 S. 640 ff.; O.-L.-G. Köln 19. März 1881., rhein. Arch. Bd. 72 II. S. 18 ff.

[2]) R.-G. (II.) 18. März 1887, Entsch. Bd. 17 S. 78 ff.

[3]) V. Scherer a. a. O. S. 539—548.

deshalb keine Anwendung finden, wenn der Eigentumsübergang nach dem bürgerlichen Rechte nicht in gültiger Weise stattgefunden hat oder wenn es ohne Rücksicht auf die K.-E. so anzusehen ist, als ob er nicht stattgefunden habe. Ein nicht auf der K.-E., sondern auf einem anderen Grunde, z. B. auf einer die Vertragsauflösung vorsehenden Vertragsbedingung beruhendes Recht zum Rücktritt von dem Vertrage oder zur Rückforderung des Gegebenen wird durch § 21 nicht berührt (M. S. 91). War die Eigentumsübertragung in wirksamer Weise auflösend bedingt, und ist die auflösende Bedingung schon vor der K.-E. eingetreten, so dass die Sache sich in diesem Zeitpunkt nicht mehr im Eigentum des Gemeinschuldners befand, so kann hiernach ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht werden. Insbesondere darf der K.-Gl. nach rhein. Rechte die Rückgabe der Sache dann verlangen, wenn der Vertrag selbst als ungültig angefochten und die der Rückforderung entgegengehaltene Einwendung, das Eigentum sei durch den Vertrag übergegangen, durch die Berufung auf dessen Ungültigkeit beseitigt werden kann. Wenn die Auflösung des Vertrages auf Grund der auflösenden Bedingung erst nach der K.-E. eingetreten ist, so kann auch nach rhein. Rechte dem K.-V. nicht entgegengehalten werden, dass der Vertrag wegen Nichterfüllung als aufgelöst zu betrachten sei. Ist der Verzug erst nach der K.-E. eingetreten, so kann hierüber ein Zweifel nicht bestehen. Die Nichterfüllung ist dann nach den obigen Ausführungen lediglich als Folge der K.-E. anzusehen. Aber auch wenn der Gemeinschuldner sich bereits vorher im Verzug befand, liegt die Sache nicht anders, da der K.-V. rechtlich und thatsächlich in der Lage war, die Verbindlichkeit zu erfüllen und dadurch die Auflösung des Vertrages abzuwenden, es sich sonach lediglich um eine infolge der K.-E. eintretende Nichterfüllung handelt. Soweit Art. 1656 des C. c. in Betracht kommt, ist hiernach ein Aussonderungsanspruch nur dann begründet, wenn die in dieser Vorschrift vorgesehene Aufforderung vor der K.-E. zugestellt und dadurch die Auflösung herbeigeführt worden ist. Da das Gesetz zwischen der gerichtlichen und der vertragsmässigen Auflösung einen Unterschied nicht macht, kommt es immer nur darauf an, ob der Verkäufer vor der K.-E. wieder Eigentümer geworden ist. Dasselbe gilt von dem Auflösungsrecht auf Grund des Vorbehalts der Versteigerung nach Art. 202 des bayer. A.-G. zur C.-P.-O.[1]) Ist dem Vertrag in wirksamer Weise ein aufschiebender Eigentumsvorbehalt beigefügt worden, so liegen die Voraussetzungen des § 21 nicht vor und ist der Aussonderungsanspruch nach § 35 der K.-O. begründet.

III. Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung.

1) Nach § 21 kann derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abgeschlossen hat, sofern die diesem obliegende vertragsmässige Verbindlichkeit infolge der K.-E. entweder gar nicht oder in anderer Weise, als es dem Vertrag entspricht, erfüllt wird, stets Ersatz des dadurch verursachten Schadens verlangen. Ein solcher Entschädigungsanspruch kann dann entstehen, wenn der K.-V. in den durch die §§ 15 und 17—19 vorgesehenen Fällen sich für die Nichterfüllung entscheidet, oder auf Grund des § 17 oder § 19 eine Veräusserung der verpachteten oder vermieteten Sache vornimmt und dadurch eine vorzeitige Beendigung des Pacht- oder Mietverhältnisses herbeiführt. Die Vorschriften des früheren Konkursrechts, insbesondere des Art. 579 C. d. com., haben ihre Wirkung verloren.[2]) Nicht gerechtfertigt ist ein derartiger Anspruch, wenn der andere Teil gekündigt und sich daher einen etwaigen Nachteil selbst zugefügt hat. Auch in den Fällen des § 20 kann ein Entschädigungsanspruch begründet sein, da die Aufhebung des betr.

[1]) V. v. Zöller in Puchelts Z. Bd. 12 S. 366, bes. S. 369; Scherer a. a. O.; bayer. ob. Landesg. 29. Mai 1884, Samml. Bd. 10 S. 444 ff.; O.-L.-G. Zweibrücken 13. Febr. 1884, Puchelts Z. Bd. 15 S. 640 ff.

[2]) O.-L.-G. Darmstadt 9. Dez. 1885, Puchelts Z. Bd. 17 S. 478. Vgl. dag. Scherer, rhein. Recht Bd. 2 S. 142.

Rechtsverhältnisses, wenn sie auch nicht auf Grund der K.-O. eintritt, immerhin als Folge der K.-E. anzusehen ist (Bem. I. 3). Ebenso kann sich ein solcher Anspruch daraus ergeben, dass das Kv. der Erfüllung oder Festsetzung einseitiger Verträge Schranken setzt, auf welche die §§ 15 ff. keine Anwendung finden (Bem. I. 2 zu § 15 und Bem. 2 zu § 20, M. S. 93). Damit ein Entschädigungsanspruch dem K.-V. gegenüber geltend gemacht werden kann, wird übrigens nicht vorausgesetzt, dass die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch ihn überhaupt möglich ist. Vielmehr kann auch wegen der Nichterfüllung solcher Verträge, deren Erfüllung an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, Entschädigung aus der Masse gefordert werden (M. S. 93). Die in § 15 vorgesehene Aufforderung an den K.-V. ist nicht eine unerlässliche Voraussetzung für die wirksame Geltendmachung des Ersatzanspruchs. Der K.-V. kann vielmehr das Wahlrecht auch dadurch verlieren, dass er ausdrücklich erklärt, er wolle nicht erfüllen oder doch durch sein Verhalten diesen Willen deutlich erkennen lässt. Auf die Erfüllung der in den Art. 343 u. 354 H.-G.-B. aufgestellten Bedingungen kommt es in einem solchen Falle nicht an, weil der vom Gegner erhobene Anspruch nicht auf die Thatsache des Verzugs, sondern auf die Ausübung des Wahlrechts gestützt wird.[1])

2) Ein Entschädigungsanspruch der fraglichen Art bildet nur eine Konkursforderung (§ 1) und kann deshalb nur in der durch die §§ 54 ff. vorgesehenen Weise berücksichtigt werden, weil das Rechtsverhältnis durch den Konkurs nicht aufgehoben wird und der Entschädigungsanspruch an Stelle der vertragsmässigen Forderung tritt. Der Berechtigte kann hiernach keine andere Stellung im Kv. einnehmen wie jeder sonstige Gläubiger, dessen Forderung in einer vor der K.-E. liegenden Thatsache ihren Grund hat. Ein zugunsten der Forderung bestehendes Absonderungsrecht bleibt darum unberührt. Hiernach kann eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung nicht etwa, weil sie aus Geschäften oder Handlungen des K.-V. entstanden sei oder eine rechtlose Bereicherung der Masse vorliege (§ 52 Z. 1 und 3), als Masseanspruch geltend gemacht werden (Bem. III. 1 zu § 52).

3) Bezüglich des Umfangs der Entschädigungsforderung hatte § 21 der preuss. K.-O. bestimmt: „Bei Beurteilung dieser Entschädigungsansprüche ist die Annahme zum Grund zu legen, dass die Nichterfüllung durch eine Veränderung der Umstände hervorgerufen ist, welche sich in der Person des Gemeinschuldners ereignet hat.“ Diese Bestimmung wurde jedoch nicht in die K.-O. aufgenommen, weil sie zwar im allgemeinen der Sachlage entspreche, aber auf der Geltung eines bestimmten im preuss. Rechte aufgestellten Grundsatzes beruhe und auf die übrigen Rechtsordnungen nicht unbedingt Anwendung finden könne. Für die Beurteilung der Höhe des Schadenanspruches ist hiernach die Natur des einzelnen Falles und das bürgerliche Recht maassgebend (M. S. 94).[2]) Soweit das letztere nichts besonderes bestimmt (v. Gew.-O. § 133, C. c. Art. 1744, 1747), hat das Gericht gemäss § 260 C.-P-O. nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft. Statt anderer Entschädigung kann der Gegner auch vom K.-V. die Vertragsstrafe verlangen, wenn diese vereinbart wurde, um dadurch die Höhe des Interesses zu bestimmen.[3]) Der Anspruch auf Vertragsstrafe wegen Unterlassung einer bestimmten Handlung (z. B. einer Rübenlieferung) kann auch dann im Kv. geltend gemacht werden, wenn zwar die Unterlassung nach der K.-E. erfolgte, der Anspruch auf dieselbe aber schon vorher begründet war (Bem. IV 1 zu § 2 u. Bem. 2 zu § 55).

Bezüglich der dem Verpächter zustehenden Entschädigungsansprüche wurde in der Reichstagskommission das Bedenken angeregt, die Mot. (S. 78) könnten dahin aufgefasst

[1]) R.-G. (I.) 24. Nov. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 107 ff. bes. S. 109; v. Wilmowski § 21 Nr. 5. Vgl. dag. Oetker a. a. O. S. 49.

[2]) V. R.-G. (V.) 9. Febr. 1884, Gruchot Bd. 28 S. 1175; O.-L.-G. Colmar 15. Jan. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 126; Buschs Z. Bd. 7 S. 117.

[3]) R.-G. (VI.) 8. März 1888, Entsch. Bd. 21 S. 5 ff. A. M. Oetker a. a. O. S. 50.

werden, dass nur die im Vertrage ausdrücklich ausbedungenen Entschädigungsansprüche gemeint seien. Dieses Bedenken wurde aber durch die Erklärung beseitigt: „Es solle jede nach dem Civilrecht begründete Entschädigungsforderung, nicht bloss die im Kontrakt vorgesehene und fixierte, zugelassen werden“ (K. S 19).

IV. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Fällen.

1) Durch § 977 I. 11 des pr. A. L.-R. wird dem Besteller eines Werkes für den Fall des Kv. über das Vermögen des Werkmeisters das Recht verliehen, aus der Masse die Materialien herauszunehmen, welche der Werkmeister mit seinen — des Bestellers — Vorschüssen angeschafft und bezahlt hat. Diese Vorschrift ist durch § 21 insofern aufgehoben, als der Besteller nicht die Herausgabe der in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Materialien, sondern lediglich Entschädigung verlangen kann (M. S. 85).

2) Bezüglich des Art. 2102 Nr. 4 C. c., wonach der Verkäufer von beweglichen noch nicht bezahlten Sachen berechtigt ist, deren Herausgabe zu verlangen („revendiquer les effets“), wenn dieses Verlangen innerhalb 8 Tagen nach der Übergabe erfolgt und sich, die Sachen noch in dem nämlichen Zustande wie zur Zeit derselben befinden, wurde in der Reichstagskommission erörtert, in welchem Verhältnis der Art. zu § 20 der K.-O. stehe und ob die Herausgabe ungeachtet des § 21 verlangt werden könne. Während von Sarwey in seiner Schrift über den Entwurf (S. 60 ff.) von der Voraussetzung ausging, dass diese Vorschrift durch § 20 aufrecht erhalten werden solle, und daraus Veranlassung nahm, diesen § zu bekämpfen, bemerkte dort Hagens: „Was den § 2102 Nr. 4 Code civil betreffe, so falle derselbe weder unter den § 20 noch unter den § 15 des Entwurfs. Art. 2102 enthalte keine Sondervorschrift für den Konkurs — er sei durch das französische Fallimentsgesetz von 1838 (Art. 550) gerade für den Konkurs ausser Kraft gesetzt; ebensowenig enthalte er eine Sondervorschrift für die Erfüllung eines Kaufs, vielmehr eine Konsequenz der allgemeinen Vorschrift des Code, dass die Nichterfüllung eines Vertrags dessen Aufhebung herbeiführe (Art. 550, 1184, 1654). Der Art. 2102 falle unter § 21 des Entwurfs. Wenn man annehme, dass das Eigentum schon auf den kaufenden Gemeinschuldner übergegangen sei, so werde Art. 2102 Nr. 4 durch § 21 beseitigt, habe aber Art. 2102 Nr. 4 die Bedeutung, dass der Käufer noch vindizieren könne, so finde § 15 Anwendung, d. h. der Verwalter könne dann gegen Zahlung des Preises die Sache behalten“ (K. S. 157 und 158). Nach dieser zutreffenden Ausführung, welche keinerlei Widerspruch erfuhr und der jetzt allseitig zugestimmt wird, ist nur die Frage zu beantworten, ob dem Verkäufer nach Art. 2102 eine dingliche Klage (Vindikation) zusteht, oder ob er bloss einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe der Sache hat, welcher sich nach § 21 in einen Entschädigungsanspruch verwandelt. Diese Frage ist im letzteren Sinne zu entscheiden. Durch den Kauf ist das Eigentum an den verkauften Gegenständen auf den Käufer übergegangen. Dem Verkäufer steht im allgemeinen nur eine Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises zu, der allerdings ein Vorzugsrecht zur Seite steht. Die „revendication“, welche der Verkäufer, falls er „sans terme“ verkauft kat, innerhalb acht Tagen vornehmen kann, dient nicht dazu, die Auflösung des Vertrages herbeizuführen. Sie hat ebensowenig in einer von Rechts wegen eingetretenen Auflösung oder Aufhebung desselben ihren Grund, wie von einigen Schriftstellern behauptet wird, sondern nur den Zweck, dem Verkäufer wieder den Besitz der Sache zu verschaffen und die Ausübung des durch Art. 1612 eingeräumten Zurückbehaltungsrechtes zu ermöglichen. Die Vorschrift des Art. 2102 Nr. 4 ist dem älteren Recht entnommen, in welchem der Grundsatz des römischen Rechtes Geltung hatte, dass das Eigentum, sofern der Kaufpreis nicht gestundet sei, erst mit dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe (Pothier, vente Nr. 323 ff. und 476, Cout. de Paris Art. 176). Im älteren Rechte war die Klage natürlich eine dingliche, da dem Verkäufer das Eigentum verblieben war; derselbe forderte als Eigentümer den Besitz der Sache

zurück. Von einer Auflösung des Vertrages war keine Rede; das Recht der Rückforderung war vielmehr, wie es in der Cout. de Paris heisst, nur gegeben, „pour être payé du prix, qu'il a vendu". Derselbe Zweck wird auch heute verfolgt, doch ist die Klage, da der Verkäufer nicht mehr Eigentümer ist, keine dingliche mehr. Der Ausdruck „revendication", der aus dem älteren Recht herübergenommen wurde, entscheidet nichts. Übrigens kommt dieser Ausdruck auch in Art. 2102 Nr. 1. vor, wo es sich unzweifelhaft nur darum handelt, den Besitz und die Sicherheit für die bevorzugte Forderung zu erhalten. Die Zurückforderung erfolgt in beiden Fällen jure pignoris, nicht jure dominii. [1])

Durch § 39 wird die Anwendung des § 21 gegenüber demjenigen Resolutionsrechte nicht ausgeschlossen, das in der vertragsmässigen Befugnis zur Wiederversteigerung enthalten ist. [2])

Dritter Titel.

Anfechtung.

(§§ 22—34.)

Vorbemerkungen.

Lit.: Systemat. Darstellungen von Cosack, Dernburg Bd. 2 S. 329 ff., Endemann S. 227 ff., Fitting S. 136 ff., Grützmann, Harburger in Jur. Woch. 1885, Hartzfeld in Puchelts Z. Bd. 14 S. 481 u. 667, Jäckel, Korn, Meisner in Gruchot Bd. 32 S. 204 ff., 465 ff., Menzel und Otto. Ferner vgl. Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 304, Schultze S. 22 ff., L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 147 ff.

1) Da der Gemeinschuldner nach § 5 erst mit der K.-E. die Befugnis verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, sind die vor derselben von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen an sich gültig. Es bedarf einer besonderen Anfechtung, damit sie als unwirksam erklärt werden können. Die Notwendigkeit von besonderen Vorschriften über die Anfechtbarkeit derartiger Handlungen ergab sich aus der Erfahrung, dass Schuldner in bedrängter Lage häufig ihr Vermögen verschleudern oder in willkürlicher Weise verteilen oder beiseite schaffen und so dem Befriedigungsverfahren seine Grundlage, die Befriedigungsmasse, entziehen oder schmälern. Solchen Handlungen gegenüber musste die Rückgewähr unrechtmässig entzogener Vermögensstücke an die Masse wieder ermöglicht werden (M. S. 94, 95).

2) Bei Aufstellung des Entw. kamen hauptsächlich drei Rechtsordnungen in Betracht, nämlich:

a. Die auch einer Reihe von deutschen Gesetzgebungen zu Grund liegende Einrichtung des gemeinen Rechtes. Hiernach trat die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners erst mit der K.-E. ein. Die Anfechtung einer vor dieser vorgenommenen Handlung erfolgte lediglich mittelst der actio Pauliana, ohne dass der Nachweis einer Absicht oder eines Bewusstseins des Schuldners, seine Gläubiger zu verkürzen, und, soweit nicht eine Freigebigkeit vorlag, eine gleichzeitige Teilnahme des anderen an dem Betruge vorausgesetzt wurde. Eine Veräusserung war nicht schon deswegen anfechtbar, weil zur Zeit derselben der Gemeinschuldner sich schon in Vermögensunzulänglichkeit oder Zahlungsunfähigkeit befunden oder seine Zahlungen eingestellt hatte.

[1]) Obige Ansicht, zuerst von Bugnet und dann von Vuatrin aufgestellt, ist jetzt die herrschende. V. Zachariä-Dreyer § 261 Bd. 2 S. 129; Paul Pont, hyp. et priv. Art. 2102 Nr. XII. Bd. 1 S. 135 ff.; Aubry et Rau § 356 Nr. 4 Bd. 4 S. 406; Valette, hypoth. et privilèges I. Nr. 90; Laurent Bd. 29 Nr. 494 ff.; Demolombe Bd. 25 S. 502; Mourlon, Répét. écrites Bd. 3 S. 575 ff. A. M.: Troplong (hyp. et privilèges Bd. 1 S. 241 ff.), der die Theorie Bugnets noch nicht kannte.

[2]) O.-L.-G. Zweibrücken 11. März 1884, Puchelts Z. Bd. 19 S. 69, 70.

b. Das ältere französische Recht (Code de Comm. Art. 437 ff.), nach welchem zwar die Zahlungseinstellung den Verlust des Verfügungsrechtes herbeiführte, viele Rechtshandlungen aber, wenn in den der Zahlungseinstellung vorhergehenden 10 Tagen vorgenommen, unwirksam waren, und bei allen „seinen Handel betreffenden Rechtsgeschäften", die innerhalb dieser 10 Tage erfolgten, eine betrügerische Absicht des Schuldners vermutet wurde.

c. Das neuere französische Recht (Fallimentges. von 1838 Art. 443 ff.). Nach diesem tritt zwar die Verfügungsunfähigkeit des Falliten erst mit der Fallimentserklärung ein; jedoch können alle vor dieser aber nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Zahlungen und Rechtsgeschäfte für ungültig erklärt werden, „si de la part de ceux, qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements" (Art. 447). Ausserdem sind verschiedene Handlungen (namentlich Veräusserungen, vorzeitige Zahlungen u. s. w.), welche nicht früher als 10 Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen wurden, unter allen Umständen ungültig.

Nach gemeinem Rechte erwiesen sich alle Versuche, die Masse gegen einzelne, die Gläubiger benachteiligende Handlungen des Schuldners zu schützen, als unzulänglich, weil die Zahlungsunfähigkeit für sich allein ohne damit zusammentreffenden Betrug die Wirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners nicht beeinträchtigte (M. S. 100). Dagegen wurde dem älteren französ. Rechte, mit dem die Vorschriften des älteren engl. Rechtes übereinstimmten, der Vorwurf gemacht, dass es gegen die Personen, die mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen oder Zahlungen an ihn machten, zu hart sei, und den guten Glauben derselben nicht, wie es geboten wäre, berücksichtige. Deshalb entschied man sich, soweit es sich um die Anfechtungsgründe handelt, im allgemeinen für das neuere französ. Recht, das auch dem neueren engl. Recht, der preuss. K.-O. (§ 100 ff.) und der bayer. Pr.-O. (Art. 1222 ff.) zum Vorbild gedient hat.

Die K.-O. lässt die Anfechtung der vor der K.-E. vorgenommenen Rechtshandlungen zu, wenn durch dieselben eine Verringerung der Masse und hiedurch eine ungerechtfertigte Benachteiligung der K.-Gl. herbeigeführt wurde. Diese Benachteiligung braucht jedoch nicht notwendig auf einem unredlichen Verhalten zu beruhen (v. § 22 Bem. III. 1). Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Vornahme der Rechtshandungen wird ebensowenig vorausgesetzt, als ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Rechtshandlung und dem nachträglichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.[1]) Die Anfechtungsbefugnis des K.-V. auf Grund anderer Rechtssätze als derjenigen, welche gegen die ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger gerichtet sind, z. B. die Möglichkeit der Anfechtung einer Teilung wegen Verletzung des Gemeinschuldners über ein Viertel (Art. 1166 und 887 ff. C. c.), wird durch die §§ 22 ff. nicht berührt.[2])

3) Im einzelnen enthält Titel III folgende Bestimmungen: Nachdem im § 22 das Anfechtungsrecht im allgemeinen geregelt ist, werden in den §§ 23—25 die Anfechtungsgründe, in den §§ 26 und 27 Beschränkungen des Anfechtungsrechtes aufgestellt. In § 28 wird das Anfechtungsrecht auch für den Fall gewahrt, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt wurde. Durch § 29 wird die Ausübung des Anfechtungsrechtes dem K.-V. zugewiesen und in den §§ 30—32 vorgeschrieben, welche Wirkungen die erfolgreiche Anfechtung hat. Sodann wird in § 33 die Ausübung des Anfechtungsrechtes gegenüber den Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners geregelt und in § 34 eine Verjährungsfrist für die Geltendmachung des An-

[1]) R.-G. (III.) 4. April 1883, Gruchot Bd. 27 S. 157; bayer. ob. Landesg. 20. März 1886, Sammlung Bd. 11 S. 373, 374; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 291 ff.; Cosack S. 64; Grützmann S. 163; Korn S. 173; v. Wilmowski S. 120.

[2]) R.-G. (II.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. 17 S. 311.

fechtungsrechtes festgesetzt. Diese Bestimmungen greifen unbedingt durch, weil das Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht (Bem. II. 1 zu § 22).[1])

Die in Titel III vorkommenden Fristbestimungen betreffen nicht das Kv. Es finden deshalb auf sie nicht (gemäss § 65 der K.-O.) die §§ 199 und 200 der C.-P.-O. Anwendung.[2]) Vielmehr ist das bürgerliche Recht für deren Berechnung maassgebend und zwar erfolgt diese Berechnung nach Kalenderzeiträumen, nicht von Monat zu Monat. Das letztere Verfahren setzt die Möglichkeit einer genauen Angabe und Bestimmung des Zeitpunktes voraus, auf welchen das Ereignis fällt, von dem aus gerechnet werden soll, ist also immer mit Schwierigkeiten verbunden und kann deshalb nur dort als gewollt angenommen werden, wo das Gesetz diese Berechnung ausdrücklich vorgeschrieben hat.[3]) Bei der nach Tagen bemessenen Frist des § 23 ist der Tag, auf welchen das maassgebende Ereignis fällt, nach einer in den Reichsgesetzen wiederholt gegebenen Regel (v. Art. 32 Z. 1 der W.-O., Art. 328 Z. 1 H.-G.-B., §§ 199 und 200 der C.-P.-O.) nicht mitzuzählen,[4]) so dass die Frist an dem der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrag vorausgehenden Tage beginnt und der am weitesten zurückliegende Punkt der Frist als ihr Endpunkt zu betrachten ist. Dieser letztere fällt hienach, wenn das Ereignis am 12. Dezember eintritt, auf den 2. Dezember. Die nach Monaten oder Jahren bemessenen Fristen (§§ 24—26 und 34) haben ihren Endpunkt an demjenigen Kalendertage des betreffenden Monats oder Jahres, welcher durch seine Bezeichnung dem Tage der K.-E. entspricht. Fällt dieser oder der Endpunkt auf den letzten Februar eines Schaltjahres, so ist der 28. Febr. der dem 29. Februar des Schaltjahres entsprechende Tag. Fällt der Endpunkt auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so wird dadurch das Ende der Frist nicht hinausgeschoben.

4) Das Anfechtungsrecht erlischt: 1. durch Verjährung (§ 34); 2. durch vollständige Rückgewähr;[5]) 3. durch Beendigung des Kv. vorbehaltlich der Vorschrift in § 153 Abs. 2 der K.-O.; 4. durch Vergleich und Verzicht.

§ 22.

Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Maassgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

(E. § 22; M. S. 111 ff.; K. S. 20 ff.; pr. K.-O. §§ 99 u. 110.)

[1]) Bayer. ob. Landesg. 17. Sept. 1888, Samml. Bd. 12 S. 140 ff.

[2]) R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, (III.) 18. Febr. 1890, Entsch. Bd. 17 S. 328, Bd. 26 S. 5 ff.; O.-L.-G. Köln 12. Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 I. S. 18; O.-L.-G. Karlsruhe 20. Dez. 1884, bad. Ann. Bd. 51 S. 311 ff., bes. 314; Schultze Festgabe S. 75. A. M. bezüglich der nach Tagen, Wochen oder Monaten bestimmten Fristen: v. Sarwey S. 161, 174; Wengler S. 207; Frohwann S. 23 u. bez. des § 34; Fitting § 17 Anm. 10 S. 160.

[3]) Windscheid Bd. 1 § 103 Anm. 9; Hullmann S. 141; v. Sarwey S. 174; Stieglitz S. 140 u. 187; v. Völderndorff Bd. 1 S. 331 u. 430; Willenbücher S. 53 § 23 Nr. 11 u. S. 71 § 34 Nr. 2; v. Wilmowski S. 135, 175; Fitting § 16 Anm. 5 S. 145; Hartzfeld S. 675; Korn S. 222; O.-L.-G. Jena 9. Nov. 1882, Thür. Bl. Bd. 30 S. 383 und Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 274. A. M.: Cosack S. 98 u. 178.

[4]) Windscheid Bd. 1 § 103 Anm. 14; Fitting § 16 Anm. 5 S. 145; Hartzfeld S. 675; Hullmann S. 141, Stieglitz S. 40; v. Völderndorff Bd. 1 S. 331; Willenbücher S. 53 § 23 Nr. 11; v. Wilmowski S. 135 Nr. 7; R.-G. (III.) 18. Febr. 1890, Entsch. Bd. 26 S. 5. A. M.: Korn S. 222 mit Rücksicht auf die Tendenz der Reichsgesetzgebung, nicht in das Landesrecht einzugreifen. Das R.-G. (III.) hat in einem Urteil v. 8. Febr. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 44 obige Berechnungsweise auch bei Jahresfristen (§ 8 des Haftpflichtges.) für maassgebend erklärt.

[5]) R.-G. (II.) 30. Okt. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 311; Cosack S. 353.

I. Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden.

1. Bedeutung des Wortes „Rechtshandlung“.

Als Voraussetzung der Anfechtbarkeit wurde in den Mot. mehrfach der Umstand bezeichnet, dass die anzufechtende Handlung das Befriedigungsrecht der Gläubiger verletzt haben müsse. Im Gesetze wurde dies nicht ausgesprochen, um nicht den gesetzgeberischen Gedanken abzuschwächen und den Erfolg berechtigter Anfechtungen zu gefährden (Bem. II. 1). Ein Anfechtungsrecht wird jedoch nur durch Verminderung der Befriedigungsmasse begründet, welche auf rechtserhebliche Thatsachen zurückzuführen ist. Thatsachen, welche, wie reiner Zufall oder rechtswidrige Vermögensbeschädigungen, nur Veränderungen des äusseren Zustandes, nicht aber Veränderungen der bestehenden Rechte herbeiführen, brauchen nicht durch Richterspruch für unwirksam erklärt zu werden. Das Gesetz bezeichnet die „Rechtshandlungen“ als anfechtbar, weil bei dem Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit alle rechtserheblichen Thatsachen der Anfechtung unterworfen sein sollen und Rechtswirksamkeit immer menschliche Willensthätigkeit, also ein „Handeln“ voraussetzt. Unter den Begriff „Rechtshandlung“ fallen hienach alle das Vermögen betreffenden Handlungen d. h. Willensäusserungen mit rechtlicher Wirksamkeit,[1]) nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Verfügungen, nicht nur Veräusserungen, sondern auch Leistungen zum Zwecke der Erfüllung von Verbindlichkeiten, Zahlungen und Hingabe an Zahlungsstatt, Anerkenntnisse und Sicherstellungen, gleichviel ob Rechte für Dritte begründet oder dem Gemeinschuldner zustehende Rechte schlechtweg aufgegeben wurden. Soweit die Anfechtung sich gegen eine Zahlung richtet, können auch solche Zahlungen deren Gegenstand bilden, welche der Gemeinschuldner nicht selbst vorgenommen hat, sondern durch einen Dritten vornehmen liess. So trifft § 23 Z. 2 zu, wenn der Gemeinschuldner einem Dritten eine Hypothek bestellte und verabredet wurde, dieser solle die Hypothek cedieren und aus dem Erlös einen Gläubiger befriedigen.[2]) Es sind überhaupt nicht bloss Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und nicht bloss positive Handlungen anfechtbar (Bem. I. 2 und 3). Ein schlechtweg nichtiges Rechtsgeschäft ist, weil überhaupt ohne rechtliche Wirkungen, auch keine Rechtshandlung und unterliegt deshalb nicht der Anfechtung gemäss § 22 ff.[3]) Wenn das Gesetz dem nichtigen Geschäfte als solchem bestimmte Wirkungen beilegt, welche an die vom Willensakt der Parteien unabhängige Thatsache der Nichtigkeit geknüpft sind, so können diese, da sie nicht Wirkungen der in Frage stehenden Handlungen als Willensäusserungen sind, durch die hier zugelassene Anfechtung gleichfalls nicht beseitigt werden. Dasselbe gilt von Scheingeschäften, sofern diese nach dem bürgerlichen Rechte als nichtige Geschäfte behandelt werden und sofern diese Nichtigkeit ohne weiteres geltend gemacht werden kann.[4]) Sollte das Scheingeschäft

[1]) Übereinstimmend die Kommentare; ferner Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 32; Cosack S. 46, 47; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 1; Eccius Bd. 1 § 14 Anm. 34; Endemann S. 233, 234; Hartmann S. 34, 35 § 1 Nr. 1; Jäckel S. 58 ff.; v. Mandry § 50 S. 465; Scherer, Rhein. R. Bd. 1 S. 272; Steinbach S. 18; bayer. ob. Landesg 13. Okt. 1885 in Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 127 ff.; R.-G. (II.) 13. Nov. 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 283.

[2]) R.-G. (III.) 24. Okt. 1890, R.-Anz. 1891, bes. Beil. S. 1.

[3]) R.-G. (II.) 10. Okt. 1884 u. (VI.) 21. Febr. 1887, Jur. Woch. 1884 S. 271 u. 1887 S 96; Bolze Bd. 2 Nr. 583, Bd. 4 Nr. 1582.

[4]) Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 21, § 132 Anm. 8; Eccius Bd. 1 § 32 Anm. 9 u. § 114 Anm. 41; Endemann § 41 Anm. 23; Fitting S. 140, 144 § 15 Text nach Anm. 8 u. § 16 Anm. 3; Frohwann S. 39; Fuchs S. 53; Harburger S. 389 u. 390; Jäckel S. 7 ff.; Meisner S. 465; Meves S. 33 u. 49; Nessel in Gruchot Bd. 28 S. 137; Otto S. 26 u. 27; v. Sarwey S. 173; Scherer, Rhein. Recht Bd. 1 S. 278; Staub in Jur. Woch. 1889 S. 127; v. Völderndorff Bd. 3 S. 133 ff.; Wengler S. 216; Willenbücher S. 47, 55 u. 273; v. Wilmowski S. 122, 123; R.-G. (II.) 8. Febr. 1887, Jur.

dagegen nach dem bürgerlichen Recht solange rechtliche Wirkungen haben, bis der Mangel der Ernstlichkeit gerichtlich festgestellt ist, und sollte letzterer nicht von jedem Dritten, insbesondere von dem Gläubiger gerügt werden können, so würde jenes mit Rücksicht auf die dem Geschäft als solchem beigelegten Wirkungen eine „Rechtshandlung" im Sinne der §§ 22 ff. sein und als solche angefochten werden können. Unter allen Umständen ist die Anfechtbarkeit eines Geschäftes nicht schon dann ausgeschlossen, wenn es von irgend einer Seite her als Scheingeschäft bezeichnet wird, sondern nur dann, wenn feststeht, dass ein ernstliches Geschäft nicht vorliegt, insbesondere auch der Anfechtungsbeklagte dies zugiebt, was nicht oft vorkommen wird. Solange dieser bestreitet, dass ein Scheingeschäft vorliegt, steht dem K.-V., der vielleicht gar nicht in der Lage ist, dies nachzuweisen, das Recht zu, das Rechtsgeschäft auch seinerseits als ernstlich zu behandeln und sich behufs Erlangung der Rückgewähr auf die Vorschriften der §§ 22 ff. zu berufen. Ebenso ist derselbe berechtigt, in einer und derselben Klage zunächst die Nichtigkeit der ihm entgegengehaltenen Handlung geltend zu machen und nur für den Fall, dass er damit nicht durchdringen sollte, die Handlung anzufechten.[1]) Er sollte sogar, sofern der Verdacht eines Scheingeschäftes vorliegt, immer auf diesem Wege vorgehen, weil dann die Einrede der Klageänderung von vornherein ausgeschlossen ist. Übrigens wird der K.-V., der auf Feststellung der Nichtigkeit geklagt hat, wenn der Gegner die Ernstlichkeit des Geschäftes behauptet, sich jedenfalls im Wege der Erwiderung auf die §§ 22 ff. der K.-O. stützen (§ 22 Bem. IV) und dadurch die Berufung auf die Gültigkeit des Geschäftes entkräften können. Hat er lediglich eine Anfechtungsklage erhoben, so kann, wenn der Gegner die Ernstlichkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes behauptet, das Gericht die Klage nicht zurückweisen, weil ein Scheingeschäft vorliege. Bestreitet aber der Beklagte in einem solchen Falle die Ernstlichkeit, so muss er, wenn er nicht überhaupt sachfällig wird, jedenfalls die Prozesskosten tragen, sofern er sich vorher auf das Geschäft gestützt oder es wenigstens als ernstlich und rechtsverbindlich behandelt hat. Macht der Beklagte geltend, es liege zwar ein Scheingeschäft vor, aber es sei in demselben ein anderes ernstlich gemeintes Geschäft versteckt, so kann der K.-V. dieses verschleierte Geschäft anfechten.[2]) Der Bestand eines gesetzlichen Rechtes, z. B. des Rechtes zur Aufrechnung, unterliegt nach dem Wortlaute des § 22 der Anfechtung nicht. Dagegen ist die Ausübung der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Rechte nicht unbedingt der Anfechtung entzogen (vgl. z. B. Bem. I. 4). Eine Aufrechnung lässt sich aber nur dann anfechten, wenn eines der Rechtsgeschäfte anfechtbar ist, aus welchen die aufzurechnenden Forderungen (vgl. z. B. Bem. III. 2 zu § 23) herstammen, denn man kann nicht die gesetzlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäftes beseitigen, ohne letzteres selbst anzufechten.[3])

2. *Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.*

Dass die anzufechtende Rechtshandlung vom Gemeinschuldner vorgenommen wurde, ist im Gesetz nicht verlangt und deshalb nicht notwendig. Thatsächlich wird die Anfechtung

Woch. 1887 S. 96; R.-G. (II.) 4. Nov. 1887, Bolze Bd. 5 N. 331. A. M.: Cosack S. 51 ff.; Hellmann in Krit. V. Bd. 24 S. 572; Hartmann S. 45 ff. § 1 Nr. 7; Korn S. 206 ff.; Meischeider in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 467; Stieglitz S. 149; Rocholl Bd. 1 S. 479 ff.; Menzel S. 100, 101; Steinbach S. 27; R.-G. (V.) 15. März 1882, Gruchot Bd. 27 S. 1082 u. Juristenzeit. Bd. 7 S. 130; O.-L.-G. Braunschweig in Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 143.

1) Petersen a. a. O.; Cosack S. 52; Jäckel S. 15; Korn S. 208; Rocholl Bd. 1 S. 485; v. Völderndorff Bd. 3 S. 137; v. Wilmowski S. 123; R.-G. (II.) 1. Nov. 1885, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 11 S. 97 ff., bes. 116; O.-L.-G. Zweibrücken 17. Juli 1886, Puchelts Z. Bd. 18 S. 88; O.-L.-G. Braunschweig 12. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 143.

2) Rocholl Bd. 1 S. 484 u. 485; Stieglitz S. 149.

3) R.-G. (I.) 21. Dez. 1889, Entsch. Bd. 26 S. 83, 84.

allerdings in den meisten Fällen gegen eine Thätigkeit des Gemeinschuldners oder seines Bevollmächtigten (Bem. I. 3 zu § 6) gerichtet sein. In den Mot. (S. 115) wurde zwar bemerkt, dass unter allen Umständen eine Rechtshandlung des Schuldners vorausgesetzt werde, und nur die Einschränkung beigefügt, dass auch passive Beteiligung an der Handlung eines Dritten genüge. Dies ist jedoch nicht richtig. Einerseits kann, wenn der Gemeinschuldner der Handlung eines Dritten vollständig unthätig zugesehen hat, diese Unthätigkeit nicht als Handlung, also auch nicht als Rechtshandlung angesehen werden. Andererseits ergiebt sich aus dem Gesetze selbst mit Bestimmtheit, dass nach § 23 Z. 1 Satz 2 und Z. 2 im Gegensatz zu den übrigen §§ eine Rechtshandlung des Schuldners nicht zu dem erforderlichen Thatbestand gehört, und unterwirft § 28 auch Vollstreckungshandlungen der Anfechtung, gleichviel ob sie mit oder ohne oder sogar gegen den Willen des Schuldners erfolgten. Auf die Mot. darf umso weniger Gewicht gelegt werden, als die Fassung des § 23 von der Reichstagskommission (K. S. 21) gerade deshalb geändert wurde, um festzustellen, dass die angefochtene Handlung nicht vom Schuldner selbst vorgenommen worden sein müsse (v. auch Bem. zu den §§ 23, 24 u. 28)[1].

3. *Unterlassungen des Gemeinschuldners.*

Handlung ist Willensäusserung. Der Wille kann sich aber auch durch Unterlassungen kundgeben. Deshalb fallen diese unter den Begriff der Handlung und können solche Unterlassungen, welche Ausdruck eines rechtlich erheblichen Willens (Willensäusserungen) sind, als „Rechtshandlungen“ angefochten werden. Hiezu wird allerdings vorausgesetzt, dass die Unterlassung eine beabsichtigte war und zu dem Zwecke gewollt wurde, die Begründung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten herbeizuführen. Die Auffassung der Mot. (S. 115, 116), Unterlassungen könnten deshalb nicht angefochten werden, weil das Wesen der Anfechtung darin bestehe, „Geschehenes ungeschehen zu machen, ac si factum non esset“, Unterlassungen aber nicht beseitigt werden könnten, ist unhaltbar. Allerdings kann, was nicht geschehen ist, nicht durch Richterspruch zu etwas Geschehenem gemacht werden. Aber der Richter kann ebensowenig geschehene Thatsachen ungeschehen machen. Auch ist dies nicht der Zweck der Anfechtung. Durch diese werden vielmehr, wenn sie Erfolg hat, nur die aus den anfechtbaren Handlungen entsprungenen Rechtsfolgen, soweit es sich um die Konkursmasse handelt, aufgehoben, und erlangt der K.-V. demgemäss das Recht, in dieser Beziehung die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder die Rückgewähr zu verlangen (Bem. 1 zu § 30). In den Mot. wurden denn auch für bestimmte Unterlassungen, welche durch Gesetz einem positiven Thun gleichgestellt seien, z. B. für den Fall des Nichterscheinens vor Gericht, an die entgegengesetzte Auffassung gewisse Zugeständnisse gemacht. Aber diese sind mit der dort dargelegten grundsätzlichen Auffassung nicht vereinbar und genügen andererseits nicht. Auch die von Harburger versuchte Beschränkung der Anfechtbarkeit auf solche Unterlassungen, welche nur infolge einer Mitwirkung des Erwerbers zu einer Verminderung der Masse geführt haben,[2]) lässt sich nicht aufrechterhalten. Ohne Zuthun des Erwerbers kann kaum je ein die Masse schmälernder Erwerb gemacht werden. Die Beschränkung hat also nur dann Bedeutung, wenn ihr der Sinn beigelegt wird, dass nur eine auf Verabredung mit dem Erwerber beruhende Unterlassung des Gemeinschuldners angefochten werden kann. Dann beruht aber der Erwerb nicht mehr auf der Unterlassung, sondern auf der die Verpflichtung hiezu begründenden Verabredung, folglich auf einem positiven Thun. Es wird also bei dieser

[1]) Cosack S. 88 ff.; Endemann § 41 II. C.; Fitting S. 141, 142; Frohwann S. 5, 31; Grützmann S. 114, 115, 156; Harburger S. 386, 389, 390; Korn S. 54 ff.; v. Mandry S. 468, 469; Meisner S. 111 und in Gruchot Bd. 32 S. 246; Menzel S. 68; Petersen a. a. O. S. 31; Stieglitz S. 126; Willenbücher S. 47; R.-G. (V.) 2. Juni 1880, Entsch. Bd. 2 S. 374. A. M. Jäckel S. 71; v. Wilmowski S. 119.

[2]) Jur. Woch. 1885 S. 385 ff. und 396 ff.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Beschränkung die Anfechtbarkeit von blossen Unterlassungen einfach verneint. Da jede absichtliche rechtserhebliche Unterlassung als „Rechtshandlung“ anzusehen ist, unterliegen hiernach der Anfechtung auch die absichtliche Unterlassung der Unterbrechung einer Verjährung oder Ersitzung sowie des Wechselprotestes. Die Schwierigkeit des Beweises der Absichtlichkeit und die Bedenken betr. der Rückgewähr berühren die Frage, ob die Anfechtung zulässig ist, nicht (v. übrigens § 30 Bem. 2).[1])

Dass prozessualische Unterlassungen, welche durch das Gesetz einem positiven Handeln gleichgestellt werden, der Anfechtung unterliegen, wird allgemein anerkannt und zwar sowohl bezüglich der Versäumung des Termines und des Einspruches [2]) als hinsichtlich der Unterlassung von Widerspruch und Einspruch gegen Zahlungs- bezw. Vollstreckungsbefehle [3]), sowie des Widerspruchs gegen eine Arrestanlage. [4])

4. *Verzicht auf den Erwerb von Rechten.*

Die Gläubiger haben nur Anspruch darauf, dass das vorhandene Vermögen, aus dem sie Befriedigung zu suchen berechtigt sind, ihnen nicht entzogen, nicht aber darauf, dass es vergrössert werde. Die K.-O. greift allerdings nicht in das bürgerliche Recht ein, soweit dieses (wie z. B. Art. 1166 des Code civil) den Gläubigern die Befugnis einräumt, die dem Schuldner zustehenden Rechte auszuüben und so auch Erwerbshandlungen vorzunehmen. Vielmehr ist die Wirksamkeit solcher Handlungen, deren Vornahme auch dem K.-V. zusteht (Bem. II. 3 zu § 5), nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Eine Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen ist aber ausgeschlossen, wenn lediglich die Unterlassung eines Erwerbs, nicht das Aufgeben eines Rechtes in Frage steht. Die Gläubiger haben kein Recht darauf, dass der Gemeinschuldner, um die Befriedigungsmasse zu vergrössern, einen Erwerb mache. Dagegen unterliegt der Anfechtung die Ablehnung eines solchen Erwerbs, bezüglich dessen dem Gemeinschuldner ein besonderer Rechtstitel zusteht, den auch der K.-V. zu benützen vermag. Dabei ist es einerlei, ob der Gemeinschuldner zum Erwerb gezwungen werden oder der K.-V. die Erwerbshandlung an Stelle des Gemeinschuldners vornehmen oder das Recht auf den Erwerb veräussern und den Erlös zur Masse ziehen kann. [5]) Stand dem Gemeinschuldner das Recht auf einen bestimmten Erwerb unter einer Bedingung zu und schlug er diesen nach Eintritt der Bedingung aus, so ist hiernach die Anfechtung der Ausschlagung zulässig. Hatte der Gemeinschuldner den Eintritt der Bedingung verhindert oder durch Unterlassung deren Nichterfüllung herbeigeführt, so hängt die Anfechtbarkeit der in Frage stehenden Rechtshandlung davon ab, ob der K.-V. die Bedingung noch zu erfüllen vermag. [6]) Wurde dagegen ein bestimmtes Anerbieten ab-

[1]) Cosack S. 48 ff.; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 3; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 29 S. 301; Endemann § 41 II. A.; Fitting § 15 Anm. 11; Frohwann S. 4; Hartmann S. 38 ff.; Hartzfeld S. 501, 502; Hellmann in der krit. V. Bd. 24 S. 568 und Bd. 27 S. 99; Jäckel S. 66 ff.; Krasnopolski in Grünhut Bd. 14 S. 69; Kranichfeld S. 12; Menzel S. 71, 72; Otto S. 46, 47; Petersen in Buschs Z. Bd. 10 S. 32 ff.; v. Wilmowski S. 119, 120. A. M.: Eccius Bd. 1 S. 777 § 114 Anm. 34; Grützmann S. 118; Korn S. 63 ff.; v. Mandry S. 465; Meisner S. 112; Meves S. 33; v. Sarwey S. 142; Stieglitz S. 125; v. Völderndorff Bd. 1 S. 307 u. Bd. 3 S. 128 ff.; welcher zwischen einmaligem Geschehenlassen und längere Zeit dauerndem Nichthandeln unterscheidet; Willenbücher S. 46, 47.

[2]) O.-L.-G. Zweibrücken 14. Juli 1886 und bayer. ob. Landesg. 11. Jan. 1887 in Puchelts Z. Bd. 18 S. 90 ff. Letztere Entsch. s. auch in der Sammlung Bd. 11 S. 567 ff. u. Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 165 ff.

[3]) O.-L.-G. Darmstadt 5. Juni 1883, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 255.

[4]) R.-G. (III.) 20. Jan. 1882, Entsch. Bd. 6 S. 367.

[5]) Cosack S. 67; Frohwann S. 19, 20; Menzel S. 79 ff. Durch die Ablehnung des Erwerbs wird nicht, wie Menzel S. 81 und Otto S. 30 annehmen, das Recht auf denselben ausgeübt, sondern es wird die Möglichkeit, den Erwerb anzunehmen, und damit das Recht auf denselben verloren. Dadurch wird aber die Masse vermindert. A. M. auch Jäckel § 4 Anm. 13.

[6]) Hartmann S. 44 § 1 Nr. 5; Cosack S. 72; v. Wilmowski S. 121. A. M. Korn S. 73.

gelehnt, so ist die Anfechtung dieser Ablehnung ausgeschlossen, wenn das Recht des Gemeinschuldners auf Annahme des Anerbietens, das nur in beschränkter Zeit ausgeübt werden kann, erloschen, und der Anbietende mit Rücksicht auf den Ablauf der Zeit oder die veränderten Umstände nicht mehr an sein Anerbieten gebunden ist. [1])

Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist nur dann anfechtbar, wenn nach dem bürgerlichen Rechte die Erbschaft schon durch den Anfall erworben wird, weil nur in diesem Fall ein erworbenes Recht wieder aufgegeben wurde. [2]) Nach dem Frankfurter Recht tritt der Anfall der Erbschaft an einen „suus“ erst nach dem Tode des überlebenden Elternteiles ein; eine vor diesem Ereignis erklärte Ausschlagung kann sonach, weil gegenstandlos, nicht angefochten werden. [3]) Dass nach römischem Recht selbst die Entsagung des suus heres und das Ausschlagen eines Vermächtnisses der Anfechtung entzogen war, ist für das moderne Anfechtungsrecht nicht entscheidend, weil dessen Grenzen sich mit denen des römischen Rechtes nicht decken. [4]) Wo der Anfall nur ein Recht auf den Erwerb begründet, fällt zwar infolge der Annahme des Gemeinschuldners der Erwerb in die Konkursmasse. Wenn er aber diesen ausschlägt, so ist die Anfechtung deshalb ausgeschlossen, weil der K.-V. so wenig wie ein Dritter die Erbschaft bezw. das Vermächtnis für den Gemeinschuldner erwerben kann (Bem. III. 3 zu § 1). [5]) Aus demselben Grunde ist die Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf den Pflichtteil der Anfechtung entzogen. [6])

5. *Vornahme der Rechtshandlung vor Eröffnung des Verfahrens.*

Wurde eine im allgemeinen der Anfechtung unterliegende Rechtshandlung nach der Stunde vorgenommen, welche den Zeitpunkt der K.-E. bestimmt (v. § 100 und § 6 Abs. 3), so bedarf es einer besonderen Anfechtung nicht. Die Handlung ist vielmehr den K.-Gl. gegenüber nichtig (§ 6 Abs. 1). Nur wenn feststeht, dass die Handlung schon vor der K.-E. vorgenommen worden ist, kommen die §§ 22 ff. zur Anwendung. Wurde die benachteiligende Thätigkeit erst nach der K.-E. vollendet, so wird in der Regel § 6 Anwendung finden.

II. Anfechtungsgründe.

1) Aus welchen Gründen eine Rechtshandlung mit Rücksicht auf das Kv. angefochten werden kann, ist in den §§ 23 ff. („nach Maassgabe der folgenden Bestimmungen“) gesagt. Daneben bleibt nach § 3 des E.-G. noch Art. 259 H.-G.-B. in Kraft. Dagegen sind die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für den Fall des Kv. die Anfechtung der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen regeln nach § 4 E.-G. aufgehoben und kann

[1]) Eck in Goldschmidts Z. Bd. 29 S. 300; Hartmann § 1 Nr. 4 S. 42; Korn S. 71, 72. A. M. Cosack S. 72; Krasnopolski in Grünhut Bd. 14 S. 75 und Korn, soweit es sich um das Anerbieten von unentgeltlichen Zuwendungen handelt. Auch bezüglich dieser kann der Anbietende nicht auf unbestimmte Zeit gebunden sein.

[2]) Cosack S. 72; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 32; Endemann § 41 III. A. S. 236; Grützmann S. 112; Hartmann S. 42; Jäckel § 4 Anm. 13; Meisner S. 112; v. Sarwey S. 171, 179; v. Völderndorff Bd. 1 S. 362; v. Wilmowski S. 121; ferner: R.-G. (V.) 17. Dezember 1881 in Gruchot Bd. 26 S. 828 u. in Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 304, (VI.) 22. Mai 1890, Jur. Woch. S. 237 u. Frankf. Rundsch. S. 108 ff., bes. 116; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1885, bad. Ann. Bd. 51 S. 373; O.-L.-G. Dresden 5. Dez. 1885 in Wengler, Arch. N. F. Bd. VII S. 65; bayer. ob. Landesger. 8. Juli 1881 in Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 430.

[3]) R.-G. (VI.) 22. Mai 1890 a. a. O.

[4]) Cosack S. 69, 70; Korn S. 70. A. M. sind: Fitting S. 138, 139 § 15 Anm. 7; Grützmann S. 112 Anm. 375; Otto S. 38; Stieglitz S. 126 Nr. I. 3.

[5]) V. Völderndorff Bd. 1 S. 320 Anm. 23; Grützmann S. 112; Kranichfeld S. 13 Nr. 3b Anm.; Otto S. 37; R.-G. (III.) 3. Juli 1888, (VI.) 20. Sept. 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 273, 278, Jur. Woch. 1888 S. 398. A. M.: Cosack S. 73; Jäckel S. 50 Anm. 9; Korn S. 72; Menzel S. 82 Anm. 14; Stieglitz S. 126; Willenbücher S. 48 Nr. 2b.

[6]) O.-L.-G. Dresden 5. Juli 1890; Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 705.

eine Anfechtung aus anderen als den in der K.-O. enthaltenen Gründen nur dann erfolgen, wenn die in Frage stehende Bestimmung nicht eine konkursrechtliche Vorschrift ist, sondern dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehört. [1]) Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, wird sich unschwer bestimmen lassen. Nur wenn die betr. Vorschrift voraussetzt, dass eine K.-E. stattgefunden hat und für diesen Fall eine besondere Bestimmung enthält, ist sie als eine konkursrechtliche anzusehen, nicht aber dann, wenn die Anfechtung einer bestimmten Handlung auch ausserdem gestattet ist (K. S. 20).

Eine allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit besteht darin, dass die anzufechtende Rechtshandlung unmittelbar oder mittelbar eine Verminderung der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Konkursmasse bewirkt haben muss. Diese Voraussetzung ergiebt sich aus den §§ 23—25 und aus dem Zweck der Anfechtung, welcher in der in § 30 vorgesehenen Rückgewähr besteht. Die Benachteiligung der Gläubiger als allgemeines Thatbestandsmerkmal in § 22 aufzunehmen, wurde unterlassen, weil man nicht der Annahme Vorschub leisten wollte, dass die Angemessenheit des Entgelts jederzeit die Anfechtung ausschliesse (M. S. 114). Es kann einerseits nicht jedes Geschäft, das (zufällig) eine Verminderung des Vermögens des Gemeinschuldners zur Folge hat, der Anfechtung unterworfen werden. Andererseits kann aber auch ein Geschäft, welches vom Standpunkt des Gemeinschuldners aus als ein vorteilhaftes erscheint, oder diesem wenigstens zunächst ein angemessenes Entgelt verschafft, eine die K.-Gl. benachteiligende Wirkung haben, weil weitere Thatsachen hinzukommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Schuldner den Erlös aus einem Verkaufe benutzt, um mit dem vorhandenen Geld zu entfliehen und so den Gläubigern ihre Befriedigung zu entziehen oder zu schmälern. Hier wurde durch das Geschäft selbst das Vermögen des Gemeinschuldners nicht vermindert, aber doch auf anderem Wege eine Schmälerung der zurückgebliebenen Befriedigungsmasse und folgeweise eine Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt [2]) Die Anfechtung kann auch dann erfolgen, wenn der veräusserte Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner, sondern einem Dritten gehörte, weil die Rückgewähr den K.-V. in die Lage setzt, die Sache auszusondern und dadurch einen Entschädigungsanspruch zu beseitigen, der andernfalls geltend gemacht werden könnte. Das Gesetz selbst unterscheidet nicht, ob sich die anzufechtende Rechtshandlung auf die eigenen Sachen des Gemeinschuldners oder auf fremde Sachen bezieht. [3])

Dass die Forderungen der benachteiligten Gläubiger schon zur Zeit der anfechtbaren Handlung bestanden, wird hier ebensowenig wie bei der Anfechtung ausserhalb des Kv. vorausgesetzt. Auch wenn einzelne oder sogar alle Konkursforderungen nach diesen Handlungen entstanden sein sollten, ist der K.-V. zur Anfechtung befugt. [4])

2) Die Frage, nach welchem örtlichen Rechte das Vorhandensein von Anfechtungsgründen zu beurteilen ist, wenn die anzufechtende Handlung im Auslande vorgenommen wurde oder eine der beteiligten Personen (Gemeinschuldner oder Anfechtungsgegner) im Auslande wohnt u. s. w., hat die verschiedensten Beantwortungen erfahren. Es wird für maassgebend erklärt: das Recht des Ortes, an dem die anfechtbare Handlung vorgenommen

[1]) Bayer. ob. Landesg. 17. Sept. 1888, Samml. Bd. 12 S. 140 ff.

[2]) Cosack S. 59 ff.; Fitting § 15 S. 137, 138; Jäckel S. 69; v. Wilmowski S. 120; R.-G. (III.) 5. April 1887 und 30. Okt. 1888; Bolze Bd. 4 Nr. 364; Entsch. Bd. 22 S. 44 ff., bes. 49, 50.

[3]) R.-G. (VI.) 11 Juni 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 269.

[4]) Cosack S. 40; Eccius Bd. 1 S. 773; Hartmann S. 83; Jäckel S. 45; Korn S. 205; v. Mandry S. 474; v. Wilmowski S. 120, 141; R.-G. (II.) 5. Mai 1885 u. (III.) 26. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 166 u. Bd. 15 S. 62; (VI.) 20. Mai 1886, Jur. Woch. 1886 S. 230; (VI.) 3. Mai 1888 u. (II.) 13. Juli 1888, Bolze Bd. 4 Nr. 364; (VI.) 1. Mai 1890, Jur. Woch. S. 192 Nr. 7, Entsch. Bd. 26 S. 11; bayer. ob. Landesg. 20. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 40 ff.; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 291; O.-L.-G. Kiel u. Dresden 17. Dez. 1883 bezw. 21. Nov. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 271 ff., Wengler, Arch. N. F. Bd. 7 S. 305.

wurde,[1]) das Recht desjenigen, an welchem sich die zurückzugewährende Sache befindet,[2]) das Recht des Ortes, an dem der Gläubiger wohnt,[3]) dasjenige des Wohnsitzes des Gemeinschuldners oder des Anfechtungsgegners[4]) oder das des Wohnortes dieser beiden Personen.[5]) Endlich wird behauptet, die Anfechtung sei nach dem Rechte desjenigen Ortes zu beurteilen, an welchem zu erfüllen oder die Klage zu erheben ist.[6]) Die richtige Antwort ergiebt sich aus den rechtlichen Grundlagen des Anfechtungsanspruchs. Voraussetzung dieses Anspruchs ist eine auf das Vermögen des Gemeinschuldners bezügliche Rechtshandlung, welche für sich allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt hat, und zwar beruht dieser Anspruch wesentlich darauf, dass die Benachteiligung der Gläubiger unter den gegebenen Umständen als ungerechtfertigt anzusehen ist. Der Anfechtungsanspruch entspringt in der Hauptsache aus der ungünstigen Vermögenslage des Gemeinschuldners, zu der allerdings eine Rechtshandlung von bestimmter Beschaffenheit hinzutreten muss; solange der Schuldner imstande ist, seine Gläubiger zu befriedigen, kann keine seiner Handlungen angefochten werden. Ist hiernach die Rechtshandlung nicht als solche, sondern nur mit Rücksicht auf die schlechte Vermögenslage des Gemeinschuldners und ihre die Gläubiger benachteiligenden Folgen geeignet, die Anfechtung zu begründen, so muss die Anfechtung auch nach dem Rechte des Ortes beurteilt werden, wo das letztere Erfordernis gegeben ist, d. h. wo der Schuldner den Mittelpunkt seines wirtschaftlichen Daseins, seinen Wohnsitz hat. Nur nach diesem Recht kann beurteilt werden, ob eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt und deshalb ein Anspruch auf Rückgewähr besteht; denn nach diesem Rechte ist auch zu bemessen, welchen Umfang das Vermögen hat, welche Verbindlichkeiten vorliegen, ob die Voraussetzungen des Kv. gegeben sind u. s. w. Das Rechtsverhältnis, auf das sich die Anfechtung bezieht, hängt auf das innigste mit den Vermögensverhältnissen des Schuldners zusammen und hat da seinen Sitz, wo dieser wohnt und wo das Kv. eröffnet worden ist. Deshalb müssen auch die Gesetze dieses Ortes überall durchgreifen, soweit es sich um die Frage handelt, welche der Konkursmasse entzogenen Gegenstände wieder zu derselben zurückzuführen sind.[7]) Der Anfechtung sind auch solche Rechtshandlungen unterworfen, durch welche im Ausland befindliche Gegenstände veräussert wurden.[8]) Das Recht des Ortes, an welchem die anzufechtende Handlung vorgenommen wurde, muss auch deshalb ausser Betracht bleiben, weil es sonst den Beteiligten ermöglicht wäre, sich einen für ihre schädlichen Absichten möglichst günstigen Ort auszusuchen und weil nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechtes das Recht des Ortes, an dem eine Handlung vorgenommen wird, nur bezüglich der Form der Vornahme, nicht aber hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen der Wirksamkeit der Handlung maassgebend ist. Das Recht des Wohnortes des Gemeinschuldners ist sogar dann anzuwenden, wenn eine Rechtsnachfolge

[1]) Korn S. 256; Eccius Bd. 1 S. 62 Nr. 5 S. 68 Nr. 10 und Otto S. 200 ff., wenigstens insoweit, als die anfechtbare Handlung als Delikt erscheint.

[2]) v. Bar, Bd. 2 S. 583; App.-Ger. Celle 29. Febr. 1872, Seuffert, Arch. Bd. 27 S. 1 ff.; O.-L.-G. Stuttgart 28. Juni 1888, Württemb. Jahrb. Bd. 2 S. 137, 138 u. Seuffert Arch. Bd. 45 S. 156.

[3]) Kranichfeld S. 34 Nr. 33 a. E. für Klagen gegen unredliche Erwerber.

[4]) Kranichfeld S. 34 für Klagen gegen redliche Erwerber und v. Bar a. a. O. für den Fall, dass die Sache sich nicht dauernd an einem bestimmten Orte befindet.

[5]) Menzel S. 31 ff.; v. Wilmowski S. 127.

[6]) Otto S. 204 ff. für die Fälle, in welchen der Anfechtungsanspruch nicht in einem Delikte seinen Grund hat.

[7]) Cosack S. 105; Crome in Puchelts Z. Bd. 19 S. 706, 707; Jäckel S. 17 ff.; Petersen a. a. O. S. 66 ff.; West, Arch. f. civ. Pr. Bd. 60 S. 373 ff.; O.-L.-G. Hamburg 27. Jan. 1885, Hans. G.-Z Bd. 6 (Beibl.) S. 216; U. des Obertrib. Stuttgart vom 3. Jan. 1871, Seuffert, Arch. Bd. 25 S. 164, 165, das allerdings auf einer andern Begründung beruht.

[8]) O.-L.-G. Colmar 21. Nov. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 264.

in den anfechtbaren Erwerb stattgefunden hat, denn die ursprünglich anfechtbare Handlung ist auch die Grundlage der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger (§§ 33 K.-O). [1])

III. Rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs und seiner Wirkungen.

1) Die Grundlagen des Anfechtungsrechtes werden von einer Seite in dem Recht des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung gefunden der Art, dass die Verfolgung und Durchführung des Anfechtungsrechtes lediglich als eine Vollstreckungsmaassregel gegen dritte Personen, die Anfechtungsklage als eine Hilfsklage zum Zweck der Bewirkung der Zwangsvollstreckung anzusehen ist. [2]) Andere suchen die Grundlage darin, dass den Gläubigern gegen rechtswidrige unerlaubte Handlungen Rechtsschutz gewährt werde, und nehmen an, nach der Auffassung des Gesetzes falle dem Gemeinschuldner eine, allerdings nicht immer vom K.-V. zu beweisende, sondern vielfach im Gesetze vermutete oder unterstellte Arglist zur Last. Diese Arglist des Schuldners wird entweder bezüglich aller Fälle, in welchen das Gesetz die Anfechtung gestattet, als der Grund des Anfechtungsrechtes angesehen, [3]) oder es wird eine Ausnahme gemacht hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen, bei denen die ungerechtfertigte Bereicherung des Erwerbers den Anfechtungsgrund bilden soll. [4]) Endlich wollte man, ebenfalls von einer Fiktion der Arglist ausgehend, die Grundlage des Anfechtungsrechtes in einem Quasidelikt finden. [5]) Die erste Ansicht erklärt überhaupt nicht, warum dem K.-V. oder einem einzelnen Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen einen Dritten gestattet sein soll. Auch ist sie deshalb unhaltbar, weil es sich bei der Anfechtung nicht um blosse Zulassung der Zwangsvollstreckung, sondern um einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr handelt, der, soweit er vom K.-V. geltend gemacht wird, viel weitergehende Wirkungen hat (Bem. III. 2 zu § 20 und Bem. zu § 30).

Die Annahme einer unerlaubten Handlung oder eines Quasidelikts passt nicht auf die Fälle des § 25 Z. 1 u. 2, denn die unentgeltliche Verfügung, welche vom Gesetz ohne Rücksicht auf den Beweggrund für anfechtbar erklärt ist, kann nicht als unerlaubte oder widerrechtliche Handlung angesehen und behandelt werden. [6]) Auch der Versuch, die einheitliche Grundlage in einer „obligatio ex lege“ zu finden, deren Inhalt darin besteht, „dass das Gesetz in gewissen Fällen vom Empfänger die Rückgewähr mit Rücksicht auf die Insolvenz des Gebers verlangt,“ [7]) ist nicht gelungen. Dabei soll nach Cosack der Grundgedanke der

[1]) Hartmann, Vorbem. S. 30 ff.; Krasnopolski in Grünhut Bd. 16 S. 51 u. Meisner in Gruchot Bd. 32 S. 204 ff., 465 ff. A. M. Cosack S. 321; Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 489.

[2]) Diese vom pr. Obertrib. aufgestellte und vorübergehend auch vom R.-G. (I. H. S.) in einem Urteil vom 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 189 verwertete Ansicht vertritt noch v. Völderndorff Bd. 1 S. 303, Bd. 3 S. 138, der diese Lehre jedoch etwas weiter gebildet hat, indem er unter Verwerfung der Deliktstheorie ein pflichtwidriges, gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten als allgemeinen Anfechtungsgrund aufstellt. Bez. der Auffassung des pr. Obertrib. vgl. Petersen in Buschs Z. Bd. 10 S. 26 ff.

[3]) Eck in Goldschmidts Z. Bd. 29 S. 298, 302; Korn S. 250 ff.; v. Sarwey S. 133 ff.; Hartzfeld S. 482 ff., 520 ff.; dieser mit der Änderung, dass im Falle des Redlichkeitsbeweises obligatio ex lege vorliege; R.-G. (V.) 20. Dez. 1882 u. 16. Juni 1883, Jur. Woch. 1883 S. 79, Entsch. Bd. 10 S. 334.

[4]) Fitting § 15 Anm. 1; Grützmann S. 99, 121, 143 ff., 177, 181, 189; Meisner S. 109 und in Gruchot Bd. 32 S. 247 ff., bes. 251, 252; Otto S. 18, 23 ff., 96 ff.; Stieglitz S. 121, Vorbem. C. Gegen die Möglichkeit einer einheitlichen Begründung hat sich auch L. Seuffert in der d. Litteraturzeit. J. 1887 S. 315 erklärt.

[5]) So v. Mandry S. 462, 463; Radlkofer in der Krit. V. Bd. 27 S. 106 und wohl auch Stieglitz S. 174.

[6]) Petersen in Buschs Z. Bd. 10 S. 57 ff.

[7]) Cosack S. 24 ff.; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 23; Endemann S. 232; Frohwann S. 43 ff., bes. S. 50; Jäckel S. 47, 189 ff.; Krasnopolski S. 28 und in Grünhut Bd. 15 S. 64, teilweise auch v. Wilmowski S. 117, der jedoch bezüglich der §§ 23 und 24 Abs. 1 die Deliktstheorie aufrecht erhält (v. bes. S. 141); ferner R.-G. (I.) 25. Nov. 1882, Entsch. Bd. 10 S. 325 ff.

sein, dass jeder, der aus fremdem Vermögen eine Zuwendung erhält, verpflichtet ist, nicht bloss die daran haftenden dinglichen Lasten zu tragen, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch die allgemeine Bestimmung dieses Vermögens, als eines Mittels zur Befriedigung auch der persönlichen Gläubiger, zu berücksichtigen. Diese Lehre befriedigt aber nicht, weil die Bezeichnung der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners als „obligatio ex lege" nur eine negative Bedeutung hat und nicht erkennen lässt, worin der Grund der Anfechtung besteht. Sie erklärt in keiner Weise, warum dem K.-V. das Anfechtungsrecht gewährt und dem Anfechtungsgegner die Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt wurde. [1]) Mit Rücksicht darauf hat Menzel (S. 24 ff.) zwar an der „obligatio ex lege" festgehalten, aber darauf hingewiesen, dass der im Kv. geltend gemachte Anfechtungsanspruch grosse Ähnlichkeit mit den Kondiktionen (Rückforderungsklagen), besonders mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung habe, während bei der Anfechtung ausserhalb des Kv. die Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners der beschränkten persönlichen Haftung für eine fremde Schuld verwandt sei. Die letztere Hinweisung erscheint nicht als zutreffend, weil der Anfechtungsgegner nicht für die Erfüllung der dem Anfechtungskläger gegen den Schuldner zustehenden Forderung haftet, seine Verbindlichkeit auch nicht auf dieser Schuld, sondern auf seinem hievon ganz unabhängigen Erwerb beruht. [2]) Ebenso trifft die Verweisung auf die Bereicherungsklagen wegen Besitz ohne rechtfertigenden Grund nicht zu, weil die angefochtene Rechtshandlung keineswegs nichtig oder wirkungslos ist, sondern die gültige causa für den Erwerb ist und bleibt, der Anfechtungsgegner sonach keineswegs ohne Rechtsgrund besitzt. [3]) Auch steht der letzteren Auffassung § 30 der K.-O. entgegen, nach welchem der Anfechtungsgegner, der ausserhalb des Kv. gar nicht wegen der Bereicherung haftet, nur ausnahmsweise wegen dieser in Anspruch genommen werden kann. Richtig ist aber an der Lehre von Menzel, dass die Anfechtung als eine besondere Art der Kondiktionen anzusehen ist. [4]) Die Anfechtungsklage hat nicht in einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anfechtungsgegners ihren Grund, denn es fehlt sowohl an der Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers oder seines Rechtsvorgängers als an dem Erwerb ohne Rechtsgrund. Sie wird vielmehr darauf gestützt, dass eine nach den gesetzlichen Vorschriften ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger vorliege, durch welche die Verpflichtung zur Rückgewähr begründet werde.

Es handelt sich hiernach bei dem Anfechtungsrecht der K.-O. und des Anf.-Ges. um eine neue Gattung von Rückforderungsansprüchen (Kondiktionen) wegen ungerechtfertigter Benachteiligung, welche das Gesetz den Ansprüchen aus der ungerechtfertigten Bereicherung an die Seite gestellt hat. Der Grund, der dazu führte, die Benachteiligung der Gläubiger als eine ungerechtfertigte erscheinen zu lassen, um dem Erwerber die Verpflichtung zur Rückgewähr aufzuerlegen, ist allerdings bei den einzelnen Fällen der Anfechtung nicht derselbe. Die Anfechtungsgründe dürfen zwar nicht ganz allgemein als verschiedene Klaggründe angesehen werden. Aber die Anfechtungsklage nach § 25 ist eine andere Klage als diejenige nach § 24 Z. 1, dort Deliktsklage, hier Bereicherungsklage; ebenso ist der Klaggrund des § 23 ein anderer als derjenige des § 24 Z. 1, denn § 23 stellt keine praesumtio doli auf. [5]) Es war einerseits die Arglist der bei der anfechtbaren Rechtshandlung beteiligten Personen (Absicht der Benachteiligung bezw. Kenntnis derselben), andererseits der Zeitpunkt der (kurz vor der K.-E. erfolgten) Vermögensveränderung, endlich der Umstand maassgebend, dass ein Dritter zum Nachteil der Gläubiger unentgeltlich oder doch ohne entsprechendes

[1]) Buchka in der meckl. Z. 1886 S. 111; Hartmann S. 23; Petersen a. a. O S. 47 ff.; Radlkofer in der Krit. V. Bd. 27 S. 106; L. Seuffert in Buschs Z. Bd. 9 S. 133.

[2]) Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 13, 14.

[3]) Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 22; Hartmann S. 29; West im Arch. f. civ. Pr. Bd. 60 S. 376.

[4]) V. auch Dernburg Bd. 2 § 128 S. 340.

[5]) R.-G. (III.) 10. Jan. u. 19. Okt. 1888 Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 109 ff., Entsch. Bd. 22 S. 438; Schl.-Holst. Anz. 1889 S. 7.

Entgelt etwas erworben habe. Aber ungeachtet der Verschiedenheit dieser einzelnen Entstehungsgründe des Anfechtungsanspruchs und obgleich für diesen Anspruch eine einheitliche Grundlage in dem Sinne, wie bei der actio emti, actio doli u. s. w. nicht besteht, lassen sich doch die verschiedenen Anfechtungsansprüche, ebenso wie die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, denen ja ebenfalls verschiedenartige Thatbestände zu Grund liegen, unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt (den der ungerechtfertigten Benachteiligung) bringen, der bei der Regelung der Anfechtung, insbesondere für die in § 30 K.-O. enthaltene einheitliche Bestimmung des Umfangs der Rückgewähr maassgebend war. Gegen die Auffassung, dass es sich in allen Fällen der Anfechtung um eine derartige Rückforderung handelt, spricht ebensowenig der Umstand, dass in einzelnen Fällen die Unerlaubtheit des Verhaltens des Gemeinschuldners und des Anfechtungsgegners den besonderen Grund der Anfechtung bildet, als die Art und Weise, wie in § 30 der Umfang der Verpflichtung zur Rückgewähr geregelt ist. Nach dieser Vorschrift wird der Anfechtungsgegner keineswegs als unredlicher Besitzer oder wie ein solcher behandelt. Aber auch wenn dies der Fall wäre, würde daraus nicht folgen, dass das Gesetz in allen Fällen der Anfechtung das Vorhandensein einer unerlaubten Handlung annimmt, denn bei der Aufstellung eines neuen Verpflichtungsgrundes kann der Umfang der Verpflichtung aus Zweckmässigkeitsgründen in beliebiger Weise geregelt werden. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, aus der Art und Weise dieser Regelung einen Schluss auf die Beschaffenheit des allgemeinen Grundes der Anfechtung zu ziehen. [1]) Noch weniger nötigt § 30 Z. 2 zur Annahme, dass es sich bei § 25 um Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung handle, weil die dort vorgesehene Beschränkung der Haftbarkeit nur dann eintrete, wenn der gute Glaube des Erwerbers nachgewiesen werde. Für die Frage, ob in einzelnen und in welchen Fällen die Benachteiligung deshalb als ungerechtfertigt anzusehen ist, weil die Handlung als eine unerlaubte gilt, und ob sonach in bestimmten Fällen für die Anfechtungsklage als „Klage aus einer unerlaubten Handlung" der Gerichtsstand des § 32 der C.-P.-O. angerufen werden kann, ist die dargelegte Grundlage nicht entscheidend. Vielmehr ist bezüglich dieser Frage zwischen den einzelnen Thatbeständen zu unterscheiden (Bem. IV. 4). Als unerlaubte Handlungen in diesem Sinne können die unentgeltlichen Verfügungen, von denen § 25 handelt, jedenfalls nicht angesehen werden, weil es hier lediglich auf den objektiven Thatbestand, nämlich auf die Thatsache ankommt, ob eine unentgeltliche Verfügung, wie sie das Gesetz im Auge hat, vorliegt und ob sie auch in dem im Gesetz bestimmten Zeitraum vorgenommen wurde, die Absicht des Schuldners und deren Kenntnis auf Seite des Anfechtungsgegners dagegen gleichgültig ist. Von einem Delikt oder Quasidelikt hann hier ebensowenig wie bei den entsprechenden Vorschriften des römischen Rechtes (actio Pauliana) die Rede sein. [2]) Zweifelhaft ist die Frage in Ansehung der §§ 23 und 24 K.-O. und der entsprechenden Vorschriften des Anf.-Ges. Soweit die Anfechtung wegen der dem Anfechtungsgegner bekannten Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, gestattet worden ist (§ 24 Z. 1), liegt dem Gesetze die Auffassung zu Grund, dass die anfechtbare (in fraudem creditorum vorgenommene) Handlung eine unerlaubte sei. Es handelt sich hier ebenso wie bei der actio Pauliana um Beseitigung der Folgen eines betrügerischen Verhaltens des Gemeinschuldners. Der Anfechtungsgegner ist zur Rückgewähr verpflichtet, weil er den Erwerb vornahm, obgleich er die Absicht des Gemeinschuldners kannte, also in conscientia fraudis handelte. An sich ist zwar die vom Gemeinschuldner vorgenommene Handlung nicht rechtswidrig. Sie wird dies aber infolge der Absicht der Benachteiligung, von welcher der Gemeinschuldner geleitet wurde. Der von ihm verfolgte Zweck ist nach dem Gesetz als ein unerlaubter anzusehen. Auch soweit die Anfechtung auf § 24 Z. 1 gestützt wird, handelt es sich bei derselben um eine Rückforderung (Kondiktion). Aber der Grund, auf

[1]) Windscheid Bd. 2 S. 37 § 257 a. E.; R.-G. (I.) 25. Nov. 1882, Entsch. Bd. 10 S. 333.

[2]) V. hiezu die oben S. 102 Anm. 6 u. 7 angeführten Schriftsteller, bes. Petersen in Buschs Z. Bd. 10 S. 57 ff.

welchen hier die Anfechtung gestützt wird, ist der Umstand, dass der Gemeinschuldner in widerrechtlicher Weise seine Gläubiger zu benachteiligen suchte und der Anfechtungsgegner davon Kenntnis hatte. Zu demselben Ergebnis gelangt man bezüglich der in § 24 Z. 2 und § 23 Z. 1 und 2 geregelten Fälle der Anfechtung, wenn man annimmt, hier werde die Benachteiligungsabsicht vermutet, die anfechtbare Handlung sei sonach kraft Gesetzes als unerlaubte anzusehen. Für diese Auffassung sprechen manche Gründe, besonders soweit es sich um den in § 24 Z. 2 geregelten Fall handelt. Aber zwingende Gründe zur Annahme einer Rechtsvermutung, welche im Gesetz nicht ausdrücklich aufgestellt ist, liegen nicht vor. In § 23 Z. 1 ist von einer Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne von ihnen zu begünstigen, nicht die Rede. Hier kommt es vielmehr lediglich auf die Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung und auf den Umstand an, ob dem Anfechtungsgegner damals die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. In § 23 Z. 2 und § 24 Z. 2 wird der Anfechtungsgegner zwar von der Verpflichtung zur Rückgewähr befreit, wenn er (nach § 23 Z. 2 neben der Unkenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w.) nachweist, dass ihm eine etwaige Begünstigungsabsicht bezw. Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners unbekannt, er also in gutem Glauben war. Aber diese Befreiung lässt sich auch als eine Vergünstigung auffassen, welche dem Anfechtungsbeklagten mit Rücksicht auf seine im Vergleich zu § 24 Z. 1 ungünstigere Lage eingeräumt wurde. Dies bestätigt § 23 Z. 1, nach welchem der Beweis der Unkenntnis der Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht den Anfechtungsgegner nicht befreit. Da Rechtsvermutungen ohne Not nicht anzunehmen sind, wird der Ansicht der Vorzug zu geben sein, dass nur im Falle des § 24 Z. 1 die Anfechtung mit Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestattet worden ist. Für diese Annahme spricht auch der Umstand, dass die Vorschriften der pr. K.-O., denen die bezeichneten Bestimmungen nachgebildet wurden, dem franz. Rechte entnommen sind. Das gesetzgeberische Motiv, dass die in Frage stehenden Rechtshandlungen häufig betrügerisch sind, rechtfertigt keineswegs die Annahme, es seien alle unter die §§ 23 und 24 Z. 2 fallenden Handlungen als unerlaubte anzusehen (vgl. auch die Erläuterungen zu §§ 23, 24 Z. 2 und § 30). Hiernach ergiebt sich folgende Reihe von Anfechtungssgründen. Die Anfechtung beruht in allen Fällen darauf, dass eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt. Die Benachteiligung erscheint als ungerechtfertigt: 1. mit Rücksicht darauf, dass sie vom Gemeinschuldner beabsichtigt wurde (§ 24 Z. 1 und § 33 Abs. 2 Z. 1); 2. mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme der Rechtshandlung (§§ 23 Z. 1 und § 24 Z. 2); 3. mit Rücksicht auf diesen Zeitpunkt und den Mangel eines Anspruchs (§ 23 Z. 2); 4. mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme und die Unentgeltlichkeit (§ 25).[1])

2) Auch soweit es sich um die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung und deren rechtliche Auffassung handelt, besteht grosse Meinungsverschiedenheit. Einerseits wird diese Wirkung als eine Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgefasst.[2]) Die herrschende Meinung dagegen legt das entscheidende Gewicht auf die Unwirksamkeit oder Ungültigkeit der anfechtbaren Handlung gegenüber den Gläubigern, wofür die Fassung des § 22 einen nicht unerheblichen Anhaltspunkt gewährt.[3]) Eine dritte Meinung erklärt die wichtigste Wirkung der Anfechtung, die Verpflichtung zur Rückgewähr, lediglich aus einem obligatorischen Band zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgegner und verwirft die Bezeichnung der anfechtbaren Handlung als un-

1) V. dagegen Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 365, der nur zwei Anfechtungsgründe (Unerlaubtheit der Handlung und Unentgeltlichkeit des Erwerbs) annimmt.

2) So noch Fitting § 18 S. 161. V. dagegen Windscheid Bd. 1 § 116 Anm. 2 und Menzel S. 14 § 2 Anm. 12.

3) Cosack S. 238 ff.; Endemann S. 231; Fuchs S. 44; Grützmann S. 227; Jäckel S. 174; Krasnopolski in Grünhut Bd. 14 S. 51 ff.; Otto S. 176; v. Sarwey S. 147; Stieglitz S. 127; v. Völderndorff Bd. 1 S. 310, 311; Willenbücher S. 46; v. Wilmowski S. 123 Nr. 3.

wirksam, weil diese Bezeichnung zu der irrtümlichen Auffassung verleite, dass die erfolgreichen Anfechtungen dingliche Wirkungen hätten. [1]) Die „Unwirksamkeit" der angefochtenen Rechtshandlung darf nun allerdings nicht als eine dingliche aufgefasst werden, derart, dass angenommen wird, der Anfechtungsgegner bleibe zwar an sich Eigentümer der zurückzugewährenden Sache, Gläubiger der Forderung u. s. w., werde aber im Verhältnis zu den K.-Gl. nicht als solcher behandelt. Die Rückgewähr erfolgt nicht, weil der zurückzugewährende Gegenstand noch dem Gemeinschuldner gehört, sondern obgleich er diesem nicht mehr gehört. [2]) Es tritt überhaupt nicht Unwirksamkeit der Rechtshandlung selbst, geschweige denn eine Unwirksamkeit dieser Handlung ex tunc ein. Sonst würde die Anfechtung ein Aussonderungsrecht begründen und müssten alle Veräusserungen eines dritten gutgläubigen Erwerbers gleichfalls der Anfechtung unterliegen, was nach § 33 ausgeschlossen ist. [3]) Vielmehr sollen nur die wirtschaftlichen Folgen der anfechtbaren Handlung beseitigt werden. [4]) Von einer Unwirksamkeit der Rechtshandlung, welche als solche von Anfang an wirksam war und trotz der erfolgreichen Anfechtung im allgemeinen rechtswirksam bleibt, kann nur in dem Sinne gesprochen werden, dass der Anfechtungsgegner sich dem siegreichen Anfechtungsberechtigten gegenüber nicht mit Erfolg auf die angefochtene Rechtshandlung berufen kann. In diesem Sinne hat die „Unwirksamkeit" auch eine rechtliche Bedeutung. Nur besteht diese nicht in der Verneinung früher eingetretener Rechtsfolgen, sondern in der Begründung eines zu diesen hinzutretenden Rechtsverhältnisses. Wie der Zweck des Anfechtungsrechtes hauptsächlich in der Verpflichtung zur Rückgewähr besteht, so bildet diese auch den eigentlichen Gegenstand des Anfechtungsanspruchs. Zwar lässt sich der Umfang der erwähnten Verpflichtung nicht aus der „Unwirksamkeit" der angefochtenen Rechtshandlung ableiten. Aber diese Verbindlichkeit besteht nur unter der Voraussetzung, dass sich der Anfechtungsgegner dem Anfechtungsberechtigten gegenüber nicht mit Erfolg auf die angefochtene Rechtshandlung berufen kann. Auch wird durch das zur Rückgewähr verurteilende Erkenntnis, wie durch jede Verurteilung zu einer Leistung, zugleich das dem Anspruch zu Grunde liegende Rechtsverhältnis festgestellt, dessen Inhalt darin besteht, dass sich der Anfechtungsgegner dem Anfechtenden gegenüber nicht auf die Wirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung berufen kann. Dass er dies nicht thun darf, ist nur die nächste Wirkung der erfolgreichen Anfechtung. Eine weitere Wirkung bildet der Anspruch auf Rückgewähr. [5]) Die Anfechtung kann sich auf einen bestimmten, einen selbstständigen Nebenvertrag bildenden Teil des Vertrages beschränken, so dass dieser im übrigen unberührt bleibt. [6]) Wenn ein Vertrag nur zum Teile die Gläubiger benachteiligt, weil die veräusserten Gegenstände teilweise so stark mit Pfandrechten belastet waren, dass deren Erlös nicht zur Befriedigung der andern Gläubiger dienen konnte, so unterliegt der Vertrag nur hinsichtlich der nicht belasteten Gegenstände der Anfechtung. [7]) Ein Erb-

[1]) So Menzel S. 10 ff. und S. 22; v. Mandry S. 476.

[2]) Cosack S. 240 Z. 3; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 23; Harburger S. 385; Hartmann S. 24, 25; Jäckel S. 155 unten; Korn S. 250; Menzel S. 10 und 22; Otto S. 18; R.-G. (I.) 19. Mai und 20. Juni 1883, Jur. Woch. 1883 S. 228, Entsch. Bd. 10 S. 10 u. 11; R.-G. (II.) 20. Jan. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 5, wo erkannt wurde, dass die erfolgreiche Anfechtung einen Aussonderungsanspruch nicht begründe; bayer. ob. Landesg. 27. Sept. 1886 in Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 168 ff. und in der Sammlung Bd. 11 S. 485 ff.; O.-L.-G. Hamburg 20. Febr. 1883 u. O.-L.-G. Kiel 17. Nov. 1884 in Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 27 ff. und Bd. 40 S. 305, letztere Entscheidung auch im Schl.-Holst. Anz. 1885 S. 22. A. M.: Fitting, der § 18 Anm. 2 für die dingliche Wirkung der Anfechtung eintritt.

[3]) Korn S. 233 und Otto S. 176.

[4]) R.-G. (II.) 30. Okt. 1885, Jur. Woch. S. 354, 355.

[5]) Eine Verbindung der in Frage stehenden Auffassungen hat auch Hartmann Vorbem. S. 24, 25 verlangt.

[6]) R.-G. (II.) 25. Mai 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 270.

[7]) R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 272.

teilungsvertrag ist in seinem ganzen Umfange der Anfechtung unterworfen, auch wenn die Gläubiger nur durch einen Teil seiner Bestimmungen benachteiligt worden sind. [1])

3) Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind nach § 22 „den Konkursgläubigern gegenüber“ unwirksam. Andere Personen, insbesondere der Gemeinschuldner, können sich, solange der K.-V. vom Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht, auf diese Unwirksamkeit nicht berufen. Ihnen gegenüber bleibt die anfechtbare Handlung jedenfalls dann in voller Kraft, wenn der nach § 29 allein zur Anfechtung befugte K.-V. das Anfechtungsrecht nicht ausübt. Aber auch wenn dieser den Anfechtungsanspruch mit Erfolg geltend macht, kann sich deshalb ein Dritter nicht ohne weiteres darauf berufen, dass die angefochtene Rechtshandlung unwirksam sei, denn diese Unwirksamkeit ist, wie oben (Bem. III. 2) dargelegt wurde, nicht dinglicher Natur, sondern besteht nur darin, dass sich der Anfechtungsgegner dem K.-V. gegenüber nicht auf die anfechtbare Handlung als eine wirksame berufen darf. Wenn dieser einem auf ein Pfandrecht gestützen Absonderungsanspruch gegenüber von dem Anfechtungsrecht mit Erfolg Gebrauch gemacht hat, kann z. B. nicht ein anderer Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht demjenigen des Anfechtungsgegners nachsteht, dem letzteren gegenüber die Unwirksamkeit seines Pfandrechtes behaupten und der Konkursmasse die in dieselbe zu leistende Rückgewähr dadurch entziehen, dass er dem K.-V. gegenüber geltend macht, er sei nun an die Stelle des früheren Pfandgläubigers gerückt. Im Verteilungsverfahren ist dem Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht mit Erfolg angefochten wurde, ungeachtet dieser Anfechtung Anweisung zu erteilen. Den angewiesenen Betrag hat aber der K.-V. zu erheben. In anderer Weise kann hier die Rückgewähr nicht erfolgen. [2]) Ebenso kann nicht der Gemeinschuldner nach Beendigung des Kv. sich dem Anfechtungsgegner gegenüber darauf berufen, dass die mit Erfolg angefochtene Handlung auch für ihn selbst unwirksam sei. [3]) Wenn auf Grund einer anfechtbaren Hypothekbestellung Vorteile erlangt worden sind, so wird die Anfechtung nicht dadurch gehindert, dass die Hypothek mittlerweile gelöscht worden ist. [4]) Vielmehr muss der Gemeinschuldner es sich gefallen lassen, dass sein Vertragsgegner sich ihm gegenüber auf das bestehende Vertragsverhältnis beruft und seine Ansprüche aus diesem, z. B. wegen Entwährung des ihm verkauften Gegenstandes geltend macht. [5])

Dessenungeachtet darf man nicht sagen, dass die erfolgreiche Anfechtung lediglich die Masse berühre und Dritten gegenüber niemals Wirkungen äussern könne. Durch die Rückgewähr zur Masse (§ 30), welche weitergehende Wirkungen als die auf Grund des § 7 des Anfechtungsgesetzes erfolgende hat, [6]) werden nämlich Rechtsverhältnisse geschaffen, welche ihre Wirkungen auch auf Dritte erstrecken. Wurde der Kaufvertrag über ein Anwesen mit Erfolg angefochten, so ist dadurch auch die Überweisung eines Teiles des Kaufschillings an eine dritte Person nebst der zur Sicherung dieses Teiles der Forderung bestellten Hypothek unwirksam und der Antrag auf Löschung dieser Hypothek gerechtfertigt. [7]) Die nach § 30 zurückzugewährenden Gegenstände werden infolge der Rückgewähr ein Bestandteil der Masse, welche zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Dieser wird infolge der durch Urteil erzwungenen oder zur Vermeidung des Anfechtungsprozesses oder der

[1]) R.-G. (II.) 13. Juli 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 277.

[2]) Eccius Bd. 1 S. 782 ff., bes. S. 784 § 114 Nr. 7; v. Wilmowski S. 125 Nr. 3 a. E.; O.-L.-G. Dresden in Wengler, Archiv N. F. Bd. 8 S. 785 ff.; R.-G. (VI.) 5. Dez. 1887, Entsch. Bd. 20 S. 29 ff., (V.) 23. Jan. 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 290 u. Jur. Woch. S. 109, (II.) 11. März 1890, Jur. Woch. S. 130. A. M.: Cosack S. 350.

[3]) v. Wilmowski S. 124; Cosack S. 240, 326; Fitting S. 162 § 18 Anm. 2; Völderndorff Bd. 1 S. 310, 139; R.-G. (II.) 14. März 1882, Entsch. Bd. 7 S. 35.

[4]) Bayer. ob. Landesg. 27. Febr. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 300.

[5]) v. Wilmowski S. 124; Cosack S. 327. A. M.: Fitting § 18 Anm. 3 a. E.

[6]) A. M. Seuffert: Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 82 ff., der im Widerspruch mit der herrschenden Meinung die Identität der Rückgewähr in beiden Fällen behauptet.

[7]) Bayer. ob. Landesg. 28. Okt. 1885, Sammlung Bd. 11 S. 235.

Zwangsvollstreckung freiwillig vorgenommenen Rückübertragung Eigentümer der zurückgewährten Gegenstände, Gläubiger bezüglich der durch die angefochtene Rechtshandlung untergegangenen Forderung u. s. w. Die Rückgewähr erfolgt allerdings nur zum Zweck der Verwertung der in Frage stehenden Gegenstände im Interesse der Gläubiger. Allein der Anfechtungsgegner bleibt nicht bis zur Versilberung Eigentümer der zurückgegebenen Gegenstände. Vielmehr werden diese wieder mit dem Vermögen des Gemeinschuldners — der Masse — vereinigt und vom K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. III. 1 zu § 5) veräussert. Ebenso wird, wenn die Rückgewähr durch Ersatzleistung erfolgt, weil sich die veräusserte Sache nicht mehr im Vermögen des Anfechtungsgegners befindet, die an den K.-V. bezahlte Summe zunächst Bestandteil der Masse, also Eigentum des Gemeinschuldners, und wird als solches verteilt. Der K.-V. überträgt, wenn er die zurückgewährten Gegenstände veräussert, namens des Gemeinschuldners, nicht namens des Anfechtungsgegners, der das habere licere nicht mehr gewähren kann, das Eigentum auf die neuen Erwerber, denen gegenüber der Anfechtungsgegner nicht geltend machen darf, er sei noch Eigentümer geblieben. [1]) Diese Erwerber sind aber auch nicht Rechtsnachfolger der K.-Gl., in deren Vermögen die zurückgewährten Gegenstände niemals gelangen.

IV. Art und Weise der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes.

1) Für die Geltendmachung der Anfechtung ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Deshalb hat es in dieser Beziehung bei den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bezw. der C.-P.-O. sein Bewenden. Hiernach bedarf es zur Geltendmachung der Anfechtung nicht notwendig einer Klage. Vielmehr kann das Anfechtungsrecht auch auf dem Wege der Einrede oder der Replik ausgeübt werden. Nicht einmal gerichtliche Geltendmachung ist erforderlich, sondern es genügt die dem Erwerber gegenüber aussergerichtlich abgegebene Erklärung des K.-V., dass er eine bestimmt bezeichnete Rechtshandlung anfechte. [2]) Leistet der Anfechtungsgegner auf die blosse Erklärung des K.-V. hin, ohne eine gerichtliche Entscheidung abzuwarten, so übernimmt er allerdings die Gefahr, dass ihm in einem späteren Prozess mit dem Gemeinschuldner, insbesondere wenn er sich diesem gegenüber auf die stattgehabte Entwährung beruft, der Einwand entgegengehalten wird, die Anfechtung sei ohne Grund erfolgt.

2) Falls der K.-V. in der Lage ist, die Anfechtung mittels Klage geltend zu machen, hat er das Recht, zunächst auf Feststellung der Unwirksamkeit zu klagen (§ 231 C.-P.-O.), und wenn er damit durchgedrungen ist, den Anspruch, der sich aus der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung ergiebt, geltend zu machen. Die Klage auf Feststellung genügt, wo eine Leistung an den K.-V. nicht zu bewirken, sondern nur ein untergegangenes Forderungsrecht wieder herzustellen oder ein vom Gemeinschuldner eingeräumter Anspruch für unwirksam zu erklären ist. Diese Klage ist auf positive Feststellung eines Rechtsverhältnisses des Inhalts gerichtet, dass sich der Anfechtungsgegner dem K.-V. gegenüber, d. h. soweit es sich um die Konkursmasse handelt, nicht auf die angefochtene Rechtshandlung berufen dürfe. Das Anfechtungsrecht kann aber auch sofort durch eine Klage auf Leistung der Rückgewähr ausgeübt werden. In diesem Falle muss der Klageantrag gemäss § 230 Z. 2 der C.-P.-O. den Gegenstand und die Art der Rückgewähr genau bezeichnen. Der K.-V. ist ferner berechtigt, wenn er von der anfechtbaren Handlung keine Kenntnis hat oder diese mit Rücksicht auf andere Umstände für nichtig hält, seine Klage lediglich auf das Eigentum des Gemeinschuldners zu stützen und, wenn ihm die anzufechtende Handlung mittels Einrede entgegengehalten wird, auf dem Wege der Replik das Anfechtungsrecht geltend zu machen. Auch kann eine Klagänderung

[1]) So auch Krasnopolski in Grünhut Bd. 14 S. 48 ff. A. M. Cosack S. 240 Z. 2; Fuchs S. 44; v. Sarwey S. 148 unten; v. Völderndorff Bd. 1 S. 304 Nr. 6.

[2]) Cosack S. 219 ff.; Dernburg Bd. 2 S. 345 § 130; Frohwann S. 41; Petersen a. a. O. S. 38; O-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 29 ff.

in diesem Verfahren nicht gefunden werden, weil der bisherige Klagegrund bleibt und die Entscheidung über die Replik nicht in Rechtskraft erwächst, bei der Klaganderung aber vorausgesetzt wird, dass über einen neuen Anspruch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung herbeigeführt werden soll. [1]) Auch im Prüfungsverfahren kann der K.-V. vom Anfechtungsrecht Gebrauch machen, indem er einer angemeldeten Forderung deshalb die Anerkennung versagt, weil sie auf einer anfechtbaren Rechtshandlung beruhe (Bem. I. 2 zu §§ 129 ff.). Die Klagbegründung erfordert nach § 230 C.-P.-O. die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs. Es genügt sonach nicht, dass bezüglich der Anfechtung im allgemeinen auf die §§ 22 ff. K.-O. verwiesen wird, sondern muss angegeben werden, auf welche Vorschrift bezw. Vorschriften sie gestützt werden soll. [2])

3) Das Anfechtungsrecht wird nach § 29 vom K.-V. ausgeübt. Es ist gegen denjenigen zu richten, in dessen Vermögen auf Grund der anfechtbaren Handlung ein Gegenstand gelangt ist, der zur Masse (nach § 30) zurückgewährt werden soll. Eine Zuziehung des Gemeinschuldners findet nicht statt. Auch kann die in den Mot. (S. 113, 114) aufgestellte Behauptung, die Zuziehung des Gemeinschuldners sei zwar nicht erforderlich, aber das Anfechtungsrecht richte sich materiell gegen denselben, obgleich es gegen ihn nicht ausgeübt werde, nicht als richtig angesehen werden. Da der K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners die Rückgewähr zur Masse verlangt, kann sich die Anfechtung nicht gegen den letzteren richten. Wenn der Gemeinschuldner selbst während des Kv. als Rechtsnachfolger eines Dritten einen Vermögensgegenstand erwirbt, welcher zur Masse zurückgewährt werden soll, so steht er allerdings als Erwerber dem K.-V. gegenüber. Es handelt sich dann um die Frage, ob ein Gegenstand zur Masse zu ziehen sei oder der freien Verfügung des Gemeinschuldners, der nur, soweit es sich um die Konkursmasse handelt, vom K.-V. vertreten wird, [3]) unterworfen ist (Bem. III. 1 zu § 5). Der K.-V. ist zur Anfechtung und zur Forderung der Rückgewähr auch gegenüber einer solchen Person befugt, welche die veräusserten Gegenstände besitzt, ohne deren Eigentümer zu sein. Der Anfechtungsgegner kann ihm nicht die Einrede entgegensetzen, dass ihm die Aktivlegitimation fehle, weil ein Dritter Eigentümer der Sache sei. [4])

4) Die Anfechtungsklage ist im allgemeinen Gerichtsstande des Anfechtungsgegners zu erheben, soweit nicht ein anderer Gerichtsstand begründet ist, z. B. § 24 der C.-P.-O. Anwendung findet. Im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 C.-P.-O.) kann die Klage erhoben werden, wenn der Grund der Anfechtung darin besteht, dass die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte und der Erwerb als ein rechtswidriger anzusehen ist, also nach den obigen Ausführungen (Bem. III. 1 S. 105) nur, wenn die Anfechtung auf § 24 Z. 1 gestützt wird, [5]) ausserdem wenn der K.-V. in einem bestimmten Falle den Nachweis führen kann, dass der Erwerb als eine unerlaubte Handlung anzusehen ist. Letzteres kann auch dann der Fall sein, wenn eine in betrügerischer Absicht vorgenommene unentgeltliche Verfügung in Frage steht. Mit Rücksicht auf die Gefahr, dass die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts zurückgewiesen wird, wenn eine unerlaubte Handlung nicht vorliegt, empfiehlt es sich übrigens unter allen Umständen, die Klage nicht im Gerichtsstand des § 32 zu erheben. Für die Klage aus § 23 ist der Gerichtsstand des § 32 nicht begründet. [6]) Auch im Gerichtsstand des § 690 der C.-P.-O. kann die Anfechtung geltend

1) Cosack S. 223; Otto S. 162, 163; Petersen a. a. O. S. 40; Stieglitz S. 129 Nr. II. Anm. e; v. Wilmowski S. 125; v. Völderndorff Bd. 1 S. 400; R.-G. (VI.) 2. Nov. 1887, Entsch. Bd. 19 S. 202 ff. A. M.: Grützmann S. 221; von Sarwey S. 152 Anm. *; Wengler S. 192, 193.

2) R.-G. (II.) 28. Okt. 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 88, 89; Bolze Bd. 10 Nr. 264 d.

3) Fuchs S. 54; Grützmann S. 208; Korn S. 155; v. Wilmowski S. 126, 127.

4) R.-G. (VI.) 11. Juni 1888, Jur. Woch. S. 289.

5) O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 97.

6) R.-G. (verein. C.-S.) 28. Juni 1888, Entsch. Bd. 21 S. 420 ff., bes. 425; O.-L.-G. Hamburg 17. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 71; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 97.

gemacht werden, soweit der K.-V. in der Lage ist, auf Grund des Anfechtungsrechts einer nicht gegen den Gemeinschuldner gerichteten Pfändung zu widersprechen. [1]) Ebenso kann § 765 C.-P.-O. zur Anwendung kommen. [2]) Dagegen ist die Erhebung der Anfechtungsklage im Gerichtsstande des § 29 C.-P.-O. ausgeschlossen, weil die Anfechtung nicht die Aufhebung eines Vertrages bezweckt (Bem. III. 2). [3]) Ebenso ist der Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 25 C.-P.-O.) nicht begründet, weil es sich bei der Anfechtung nur um Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs handelt, diese Geltentmachung also nie als dingliche Klage angesehen werden kann. [4])

§ 23.

Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;
2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

(E. § 23; M. S. 117 ff.; K. S. 20 ff.; pr. K.-O. §§ 100 und 101.)

[1]) Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 27; R.-G. (V.) 3. Nov. 1880 in Seuffert, Arch. Bd. 36 S. 251, (VI.) 9. Mai 1887 u. 16. Jan. 1890, Entsch. Bd. 18 S. 394, Jur. Woch. 1890 S. 68; O.-L.-G. Karlsruhe 14. Juni 1880 u. 29. Nov. 1889, bad. Ann. Bd. 46 S. 178, Bd. 56 S. 81 ff.; die erstere Entsch. auch in Buschs Z. Bd. 3 S. 499; O.-L.-G. Hamburg 2. Juli 1890, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 251.

[2]) Jäckel S. 219.

[3]) Eccius Bd. 1 S. 774 § 114 Anm. 23; Hartmann, Vorbem. S. 27, 28; Jäckel S. 224; Menzel S. 296; Petersen a. a. O. S. 63; Stein in Gruchot Bd. 28 S. 413; v. Wilmowski S. 126. A. M. Cosack S. 226 Nr. 6; Otto S. 200; Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 25 ff.

[4]) Cosack S. 226; Jäckel S. 224; v. Wilmowski S. 126.

Absonderungsberechtigte S. 120, 122.
Aufrechnung S. 125.
Ausländisches Geld S. 125.
Arrrestpfandrecht S. 122, 127.
Banknoten S. 125.
Befriedigung S. 121.
Begünstigung S. 122 ff.
Benachteiligung S. 118 ff.
Beweis d. Kenntnis S. 117.
Bürgschaft S. 121, 125.
Deliktsnatur S. 111, 112.
Eideszuschiebung S. 118.
Gerichtsvollzieher S. 116, 117.
Gewagtes Geschäft S. 119.
Grundbuch S. 118.
Hingabe an Zahlungsstatt S. 124 ff.
Kenntnis des Anfechtungsgegners S. 115 ff.
„ Mitberechtigter S. 117.
„ des Vertreters S. 116 ff.
„ Zeitpunkt S. 117.
Kredithypothek S. 127.
Nachlasskonkurs S. 111.
Pfändungspfandrecht S. 122.
Pfändung von Bargeld S. 126, 127.
Prozessbevollmächtigte S. 116.
Rechtsgeschäft S. 118 ff.
Sicherung S. 121 ff., 125 ff.
Urteilshypothek S. 121, 126.
Verpfändung S. 121.
Versicherungsvertrag S. 119.
Versteigerungserlös S. 126.
Vertrag S. 118 ff.
Vertreter S. 116 ff.
Vollstreckbarer Titel S. 126.
Wechselbegebung S. 119, 120, 125.
Zahlungen S. 118, 124.
„ verfrühte S. 124.
Zahlungseinstellung S. 113 ff.
Zahlungsunfähigkeit S. 114.
Zurückbehaltungsrecht S. 127.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Sowohl in Z. 1 als in Z. 2 des § wird im Unterschied von den §§ 24 und 25 an die Ereignisse angeknüpft, aus denen sich das Recht auf konkursmässige, d. h. gemeinsame und verhältnismässige Befriedigung ergiebt, nämlich an die Zahlungseinstellung und an den Eröffnungsantrag. Soweit es auf die Zahlungseinstellung ankommt, ist auch im Nachlasskonkurs diese, nicht die Überschuldung, maassgebend.[1] Nach Z. 1 können gewisse Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen angefochten werden, wenn sie zwar vor der K.-E., aber nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgten. Wenn dies geschieht, muss demjenigen, welcher nach Eintritt der in Frage stehenden Ereignisse ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner einging oder dem K.-Gl., welchem nach diesem Zeitpunkte noch Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde, nachgewiesen werden, dass ihm bei Vornahme der Rechtshandlung die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Ausserdem kommt hier die Vorschrift des § 26 in Betracht, nach welcher die Zahlungseinstellung nur dann berücksichtigt wird, wenn sie nicht früher als sechs Monate vor der K.-E. eingetreten ist. Durch Z. 2 werden solche Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche eine Benachteiligung der K.-Gl. durch Begünstigung eines oder mehrerer derselben auf Kosten der übrigen enthalten. Auch hier wird, wie im letzten Satz der Z. 1, vorausgesetzt, dass einem K.-Gl. Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde. Diese Voraussetzung genügt aber nicht. Vielmehr ist weiter erforderlich, dass der Gläubiger die gewährte Befriedigung oder Sicherstellung gar nicht oder doch nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte, in welcher sie ihm gewährt worden ist. Unter dieser Voraussetzung ist die Anfechtung auch dann gestattet, wenn die in Frage stehende Handlung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgte. Ausserdem kann der begünstigte K.-Gl. nicht verlangen, dass ihm die Kenntnis der Zahlungseinstellung bezw. des Eröffnungsantrages nachgewiesen werde. Vielmehr muss er, um die Anfechtung abzuwenden, nachweisen, dass er weder diese Thatsachen, noch die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kannte.

2) Eine unerlaubte Handlung liegt nur dann vor, wenn nachgewiesen ist, dass der Gemeinschuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, handelte und dass dem

[1] R.-G. (V.) 31. Jan. 1885 und (IV.) 28. Jan. 1890, Jur. Woch. 1885 S. 92 und 1890 S. 83.

Anfechtungsgegner diese Absicht bekannt war (§ 24 Z. 1). Die nach den §§ 23—25 anfechtbaren Handlungen sind daher im allgemeinen nicht als unerlaubte Handlungen anzusehen (Bem. III. u. IV. zu § 22). Für die unter § 23 fallenden Handlungen ergiebt sich dies nicht bloss aus der Natur der Anfechtung, bei welcher lediglich eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorausgesetzt wird, sondern auch aus der geschichtlichen Entwicklung des neueren über die actio Pauliana hinausgehenden Anfechtungsrechts, insbesondere aus der Geschichte der Art. 446—448 des franz. Fallimentsgesetzes v. J. 1838, welchen die in die K.-O. übergegangenen Bestimmungen der pr. K.-O. nachgebildet worden sind. [1])

Dem § 23 liegt offenbar ebenso wie den entsprechenden Vorschriften des franz. und preuss. Rechtes die Auffassung zu Grund, dass die K.-Gl. gleichmässig befriedigt werden sollen, und dass bezüglich dieser Gleichstellung, sofern eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, regelmässig nicht erst der Tag der K.-E., sondern der Zeitpunkt maassgebend ist, in welchem die Zahlungseinstellung erfolgte, sonst aber der Tag des Eröffnungsantrages. Der Grundsatz soll jedoch nach § 23 Z. 1 nur insoweit zur Anwendung kommen, als dem Anfechtungsgegner die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Wenn diese Voraussetzung vorliegt, soll jener zur Rückgewähr verpflichtet sein. Aus der Auferlegung dieser Verpflichtung folgt aber nicht, dass die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte anzusehen ist, wo immer die Verpflichtung zur Rückgewähr besteht (§ 30). Zahlungseinstellung führt nicht notwendig zur K.-E.; vielmehr kann diese noch auf verschiedene Weise, z. B. durch das Eingreifen der Verwandten, verhindert werden. Ja, es kann sogar die anfechtbare Handlung bestimmt sein, das Kv. abzuwenden. Aus der Kenntnis der Zahlungseinstellung kann deshalb nicht mit Sicherheit auf das Vorhandensein einer rechtswidrigen Absicht geschlossen werden. Soweit es sich um Z. 2 handelt, liegt dem Gesetz die Vermutung zu Grund, die ungünstige Vermögenslage werde sich in der Regel schon vor der öffentlichen Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erkennen lassen, und die Gewährung einer Sicherung, auf welche ein rechtlicher Anspruch nicht bestehe, verstärke diese Vermutung. Deshalb wurde für die unter Z. 2 gehörigen Fälle die Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt, sofern der Anfechtungsgegner nicht den in Z. 2 vorgesehenen Beweis erbringe. Aber auch in solchen Fällen braucht mala fides nicht notwendig bei dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner vorzuliegen, weil hier ebenfalls nicht feststand, dass es zur K.-E. kommen müsse und der Anfechtungsgegner auch den Fall in Betracht ziehen durfte, dass der Konkurs noch abgewendet werden könnte. In den Mot. zur K.-O. S. 105 ff. wurde allerdings die Verletzung des sogen. „Konkursanspruchs“ als widerrechtliche oder unerlaubte Handlung bezeichnet. Aber diese Ausführungen haben im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und verlieren ihre Bedeutung dadurch, dass der Begriff „Konkursanspruch“ sich als unhaltbar erweist. Ein solcher Konkursanspruch besteht zur Zeit der Zahlungseinstellung überhaupt nicht (Bem. I. 1 zu § 2). Zudem ist auch in der Reichstagskommission eine ganz andere Auffassung hervorgetreten. Mit Rücksicht auf einen von Goldschmidt gestellten, später abgelehnten, Antrag, nach welchem die Reihenfolge der §§ derart geändert werden sollte, dass § 24 die erste, § 25 die zweite, § 23 die dritte Stelle erhalte, und welcher den Zweck hatte, zu zeigen, dass drei verschiedene, nicht nach gleichen Grundsätzen zu behandelnde Fälle vorlägen, wurde nämlich in der Reichstagskommission von einem Regierungskommissär bemerkt, die Anfechtungsgründe des § 23 seien nicht als ein Ausfluss der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage, nicht als eine Art von Betrug anzusehen, sondern sollten einen selbständigen, lediglich aus dem Konkursverhältnis entnommenen Anfechtungsgrund enthalten; der dem § zu Grund liegende Gedanke sei der, dass — von Einzelheiten abgesehen — alle nach der Zahlungseinstellung trotz deren Kenntnis vorgenommenen Rechtshandlungen anfechtbar sein sollten (K. S. 19, 20).

[1]) Da die Frage nun durch Beschluss der verein. C.-S. des R.-G. vom. 28. Juni 1888 erledigt und ein Teil der früheren Ausführungen in dieser Entscheidung berücksichtigt worden ist, konnte die in der II. Aufl. S. 105 ff. enthaltene ausführliche Erörterung erheblich abgekürzt werden.

Diese Erklärungen, mit denen sich der Inhalt und die Stellung des § im Einklang befindet, sprechen entschieden für die Auffassung, nach welcher in den Fällen des § 23 nicht unerlaubte Handlungen in Frage stehen. Die Benachteiligung der Gläubiger ist hiernach im wesentlichen mit Rücksicht auf die Zeit, zu welcher die Rechtshandlung vorgenommen wurde bezw. auf den Mangel eines Anspruchs in Ansehung der gewährten Befriedigung oder Sicherung für ungerechtfertigt gehalten, und deshalb für anfechtbar erklärt worden. Daraus, dass in den unter Z. 2 gehörigen Fällen der Nachweis des guten Glaubens gegen die Anfechtung Schutz gewährt, folgt auch keineswegs, dass jeder, der diesen Nachweis nicht erbringt, im Sinne des Gesetzes als bösgläubig erscheint, da die Anfechtung auch dann gestattet ist, wenn der Anfechtungsbeklagte nicht in der Absicht gehandelt hat, die Gläubiger zu benachteiligen. Ist doch in § 23 Z. 2 nicht einmal die nachgewiesene Kenntnis der Zahlungseinstellung Voraussetzung der Anfechtbarkeit.[1]) Auch auf Seite des Gemeinschuldners wird eine Benachteiligungsabsicht oder eine bewusste Rechtsverletzung in § 23 nicht vorausgesetzt.[2]) Vielmehr genügt hier überall die Kenntnis der im Gesetz als erheblich bezeichneten Thatsachen auf Seite des Erwerbers. Eine zeitliche Schranke wird der Anfechtung nach § 23 durch § 26 der K.-O. gezogen.

3) Zu welcher Zeit der Antrag auf K.-E. (§§ 95 ff.) bei Gericht eingebracht wurde, ist leicht festzustellen. Nicht dasselbe gilt aber von der Zahlungseinstellung. Da deren Zeitpunkt nicht im Eröffnungsbeschluss in allgemein gültiger Weise festzustellen ist, muss sie, abgesehen von dem in § 185 K.-O. vorgesehenen Falle, für welchen das Gesetz selbst die Entscheidung getroffen hat, in jedem Prozesse, in dem es darauf ankommt, besonders nachgewiesen werden. Von dem Zeitpunkte der Zahlungseinstellung ist derjenige zu unterscheiden, in welchem der Schuldner den Entschluss zur Zahlungseinstellung gefasst hat. Letzterer Zeitpunkt ist nicht maassgebend.[3]) Die Ansicht des Konkursgerichts, welches einen früheren Antrag auf K.-E. zurückgewiesen hat, ist für das Prozessgericht nicht bindend.[4]) Auch kommt es nicht darauf an, wie der Gemeinschuldner selbst seine Lage aufgefasst, oder ob er sich diese überhaupt klar gemacht hat.[5]) Endlich ist auch die Vorschrift des § 26 K.-O. ohne Bedeutung für die Feststellung des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung. Aus ihr darf nicht gefolgert werden, dass als solcher ein Tag, welcher vor der in dieser vorgesehenen sechsmonatlichen Frist gelegen ist, nicht angenommen werden dürfe.[6])

Die Zahlungseinstellung kann zwar durch eine einzelne bestimmt wahrnehmbare und unzweideutige Handlung, z. B. durch eine offene, den Gläubigern gegenüber abgegebene Erklärung erfolgen. Meistens wird aber ihre Feststellung auf Schlussfolgerungen aus anderen Thatsachen beruhen. Hierbei kommt die Zahlungseinstellung lediglich als Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit in Betracht; die Verweigerung der Zahlung ist deshalb nur in solchen Fällen als Zahlungseinstellung zu betrachten, in welchen angenommen werden muss, dass sie in der Unfähigkeit, Zahlung zu leisten, ihren Grund habe.[7]) Wird die

[1]) Cosack S. 18, 19, 126, 182, 207; Dernburg Bd. 2 S. 343 § 128 Nr. 2 c.; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 23; Endemann § 42 Anm. 3; Klöppel in Gruchot Bd. 35 S. 91 ff.; v. Wilmowski Nr. 1 zu § 23. R.-G. (I.) 25. Nov. 1882, Verein. C. S. 28. Juni 1888, (III.) 19. Okt. 1888, Entsch. Bd. 10 S. 325, Bd. 21 S. 420 ff., Bd. 22 S. 389 ff. A. M.: Fuchs S. 46, 48; Fitting § 15 Anm. 1; Grützmann S. 143 ff. und 177; Korn S. 254, 255; v. Mandry S. 469, 470; Meisner S. 114, 116; Otto S. 18 u. 23 ff.; v. Sarwey S. 133 ff.; Stieglitz S. 131, 140; R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 10 S. 249, Bd. 14 S. 324 u. Bd. 17 S. 324, R.-G. (II.) 16. Juni 1883 und 20. Febr. 1884, Entsch. Bd. 10. S. 334, Jur. Woch. 1884 S. 110.

[2]) v. Wilmowski S. 131 Nr. 4; Fitting § 16 Anm. 16. A. M.: v. Mandry S. 463, 469.

[3]) Urt. des bayer. ob. Landesg. v. 23. Dez. 1881, Sammlung Bd. 9 S. 439.

[4]) Korn S. 119; v. Wilmowski S. 118 Nr. 2. A. M. Stieglitz S. 132.

[5]) R.-G. (I.) 15. Nov. 1884, Bolze Bd. 1 Nr. 2168.

[6]) R.-G. (I.) 25. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 110.

[7]) R.-O.-H.-G. 6. Mai 1875, Entsch. B. 10 S. 66; R.-G. (V.) 19. April 1882, (I.) 22. Dez. 1884, (VI.) 9. Juni 1886, Gruchot Bd. 26 S. 831, Bolze Bd. 1 Nr. 2196 u. Bd. 3 Nr. 1510, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 167 ff., bayer. ob. Landesg. 2. Nov. 1881 u. 29. Jan. 1883, Samml. Bd. 9 S. 317, Bd. 10 S. 130, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 481; O.-L.-G. Dresden 23. Mai 1881, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 253 ff.; O.-L.-G. Hamburg 26. Okt. 1881, ebendas. S. 252.

Zahlung wegen Bestreitung der fraglichen Forderung verweigert, so ist darin an sich keine Zahlungseinstellung zu finden; doch kann, wenn es später zur K.-E. kommt, aus den Umständen gefolgert werden, dass die Bestreitung der Forderung nur zum Schein erfolgte und die Verweigerung der Zahlung in Wirklichkeit im Zahlungsunvermögen ihren Grund hatte. Dieses Zahlungsunvermögen kann auch dann vorliegen, wenn das vorhandene Vermögen zur Bezahlung der vorhandenen Schulden ausreicht, und nur wegen Mangels an flüssigen Mitteln oder an Kredit die Zahlungen eingestellt werden mussten. Umgekehrt kann jemand zahlungsfähig sein, und seine Zahlungen fortsetzen, obgleich die vorhandenen Schulden das Aktivvermögen übersteigen. [1]) Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit decken sich also keineswegs immer. Die Zahlungseinstellung, welche keineswegs ein Andrängen von Gläubigern voraussetzt [2]) und sich, abgesehen von einer ausdrücklichen darauf gerichteten Erklärung des Gemeinschuldners auf verschiedene Weise, insbesondere durch Protestierung von Wechseln, erfolglose Durchführung eines Vollstreckungsverfahrens, durch Flucht oder plötzliche Abreise in Verbindung mit anderen verdächtigen Umständen [3]) u. s. w., unter besonderen Verhältnissen, namentlich bei dem Kaufmann, bei dem ein anderer Maasstab als bei kleinen Gewerbtreibenden anzulegen ist, [4]) auch durch einfache Zahlungsverweigerung kundgeben kann, muss eine allgemeine in dem Sinne sein, dass die Thatsachen erkennen lassen, es liege nicht bloss eine Zahlungsstockung vor und es solle nicht eine einzelne bestimmte Zahlung unterbleiben, vielmehr könne überhaupt keine Zahlung mehr geleistet werden. [5]) Der Beweis, dass eine vollständige Zahlungseinstellung erfolgte, kann jedoch schon durch eine einzige Zahlungsverweigerung geliefert werden. [6]) Auch kann eine solche vorliegen, obgleich noch vereinzelte Zahlungen geleistet wurden, die vielleicht nur in der Absicht, die vorhandene Vermögensunzulänglichkeit zu verdecken, ihren Grund hatten. Die Allgemeinheit der Zahlungseinstellung hängt nicht von dem Verhältnis zwischen den befriedigten und den unbefriedigten Forderungen nach deren Zahl und Grösse ab. Insbesondere kann es hierauf nicht ankommen, wenn einzelne grössere Beträge nur mit Rücksicht auf eine drohende Pfändung bezahlt wurden. [7]) Der Umstand, dass der Gemeinschuldner bis zur K.-E. fortgefahren hat, Zahlungen „in dem Umfange zu leisten, in welchem es ihm

[1]) R.-O.-H.-G. 6. Mai 1873 und 17. Juni 1874, Entsch. Bd. 10 S. 167, Bd. 13 S. 436; R.-G. (III.) 20. März 1891, Jur. Woch. S. 250; O.-L.-G. Hamburg in Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123.

[2]) R.-G. (VI.) 16. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 180 Nr. 6.

[3]) R.-G. (V.) 19. April 1882 u. 8. April 1885, Gruchot Bd. 26 S. 831, Bolze Bd. 1 Nr. 2170 u. 2171; O.-L.-G. Jena in Thür. Bl. Bd. 29 S. 253, Bd. 30 S. 85.

[4]) O.-L.-G. Frankfurt 31. Okt. 1890, Frankf. Rundschau 1891 S. 31.

[5]) R.-G. (I.) 22. Febr. 1882, (V.) 19. April 1882, (II.) 12. u. 15. Mai 1885, (V.) 28. Okt. u. 25. Nov. 1885, (VI.) 9. Juni 1886, (III.) 5. April 1887, (VI.) 15. März 1888, (I.) 23. März 1889, (III.) 24. Mai 1889, (II.) 2. Jan. 1891, (VI.) 16. Febr. 1891, Entsch. Bd. 6 S. 95, Gruchot Bd. 26 S. 831, Puchelts Z. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. 1 Nr. 2173, Bd. 2 Nr. 1985, 1986, Bd. 3 Nr. 1510, Bd. 4 Nr. 1571; Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 281 u. Gruchot Bd. 32 S. 1163, Jur. Woch. 1889 S. 171 und Bolze Bd. 7 Nr. 1252, Bd. 8 Nr. 1042, Jur. Woch. 1891 S. 93, 180; bayer. ob. Landesg. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. 10 S. 13; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123.

[6]) R.-G. (II.) 15. Mai und 25. Sept. 1885, (VI.) 24. Febr. 1887, Puchelts Z. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. 1. Nr. 2172, Bd. 2 Nr. 1984, Bd. 4 Nr. 1572; (II.) 2. Jan. 1891, (VI.) 16. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 93, 180; O.-L.-G. Nürnberg 1. Juni 1881, Buschs Z. Bd. 6 S. 134.

[7]) R.-O.-H.-G. 17. Juni 1874, Entsch. Bd. 13 S. 436; R.-G. (I.) 22. Febr. 1882, (II.) 23. Jan. 1883 u. 15. Mai 1885, (VI.) 9. Juni 1886, Entsch. Bd. 6 S. 95; Bl. für R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 205, Puchelts Z. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. 3 Nr. 1510; bayer. ob. Landesg. 2. Nov. 1881 u. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. 9 S. 317, Bd. 10 S. 13, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 481; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123; O.-L.-G. Nürnberg 1. Juni 1881, Buschs Z. Bd. 6 S. 134; O.-L.-G. Zweibrücken in Puchelts Z. Bd. 14 S. 139.

seine Mittel gestatteten“, schliesst die Annahme einer Zahlungseinstellung nicht aus. [1]) Im einzelnen Falle wird es immer auf die Umstände sowie auf die Anschauung des Verkehrslebens [2]) ankommen, und eine Zahlungseinstellung bei dem Kaufmann, der immer bereite Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haben soll, leichter anzunehmen sein als bei dem Landwirt u. s. w. Insbesondere kommt es bei dem Kaufmann nicht darauf an, ob aus der gegebenen Sachlage jeder Dritte mit Sicherheit die allgemeine Zahlungseinstellung zu erkennen vermag. Vielmehr ist die Auffassung der kaufmännischen Kreise entscheidend. Auf eine Zahlungseinstellung kann auch aus einem die Geschäftsehre oder den Kredit des Kaufmannes verletzenden Handeln oder Unterlassen geschlossen werden. [3]) Dass es nicht bloss auf die Erfüllung oder Nichterfüllung von kaufmännischen Verbindlichkeiten (Handelsschulden) ankommt, ergiebt sich schon aus dem Erfordernis der Allgemeinheit der Zahlungseinstellung. Die besonderen Verhältnisse des Schuldners werden regelmässig erkennen lassen, ob eine frühere Zahlungseinstellung in derjenigen Zahlungsunfähigkeit, die zur Eröffnung des Konkurses führte, ihren Grund hatte und nur zeitweise wieder verdeckt worden ist, oder ob die damals vorhandene Zahlungsunfähigkeit wieder beseitigt wurde, und andere Ursachen später neuerdings zur Zahlungseinstellung führten (v. auch M. S. 323 ff. und Bem. zu § 94). [4]) Die Annahme der Zahlungseinstellung durch einen Gesellschafter darf nicht mit Thatsachen begründet werden, welche nur die Gesellschaft selbst betreffen. Die blosse Vermutung, dass auch der Gesellschafter nicht hätte zahlen können, wenn die Forderung gegen ihn geltend gemacht worden wäre, genügt nicht. [5])

Auch für die Anfechtung im Nachlasskonkurs ist der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung erheblich (Bem. 2 zu § 202 ff.). Diese kann hier sowohl aus Handlungen des Verstorbenen als auch aus dem Verhalten des Nachlassverwalters gefolgert werden; doch begründet die Erklärung des letzteren, durch welche die K.-Gl. auf die bei Gericht hinterlegte Nachlassmasse verwiesen werden, noch keine Zahlungseinstellung, weil der Nachlassverwalter damit nicht die Zahlung verweigert oder sie doch höchstens vorläufig bis zur Feststellung des Umfanges der Nachlassmasse ablehnt. [6]) Auch die Erklärung des überlebenden Ehegatten, dass der Nachlass überschuldet sei, enthält eine Zahlungseinstellung nicht, weil der überlebende Ehegatte nicht zur Vertretung des Nachlasses berufen ist. [7])

Wenn auf eine Zahlungseinstellung hin das Kv. eröffnet, dann aber eingestellt wurde, so wirkt die Zahlungseinstellung dessenungeachtet fort, falls später das Verfahren wieder fortgesetzt und inzwischen eine Wiederaufnahme der Zahlungen nicht erfolgt ist. [8])

4) Fällt die angefochtene Rechtshandlung auf den Tag der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags, so ist nur dann anzunehmen, dass sie nach der Zahlungseinstellung bezw. nach dem Eröffnungsantrage vorgenommen worden sei, wenn sie erst zum Abschlusse gelangte, nachdem eine jener Thatsachen eingetreten war. Der Zeitpunkt des Eintritts dieser Thatsachen ist dann genau festzustellen. Die in § 6 aufgestellte Vermutung ist hier nicht maassgebend. [9]) Es ist die Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst,

[1]) A. M. O.-L.-G. Hamburg, 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123.

[2]) R.-G. (VI.) 9. Juni 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 1510.

[3]) R.-G. (II.) 23. Juni 1883, Bl. für R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 205.

[4]) Mit den obigen Ausführungen stimmen im wesentlichen überein: Cosack S. 176 ff.; Endemann S. 34; Fitting S. 279, 280 § 35 Anm. 4; Frohwann S. 21, 22; Fuchs S. 115; Korn S. 119; Menzel S. 178, 179; Otto S. 118, 119; v. Sarwey S. 153, 154, 578 ff.; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 304 ff. Stieglitz S. 456 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 316, Bd. 2 S. 166 ff.; Willenbücher S. 148, 149; v. Wilmowski S. 305 ff.

[5]) R.-G. (II.) 24. Febr. 1888, Bolze Bd. 5 Nr. 1410.

[6]) O.-L.-G. Rostock 11. Juli 1887, Meckl. Z. Bd. 9 S. 1 ff.

[7]) R.-G. (III.) 24. Mai 1889 Bolze Bd. 8 Nr. 1042.

[8]) O.-L.-G. Darmstadt 5. Juni 1883, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 255.

[9]) A. M. v. Völderndorff Bd. 1. S. 316.

nicht bloss die Kenntnis der Thatsachen erforderlich, aus denen das Gericht nachträglich auf das Vorhandensein der ersteren schliesst. Der Umstand, dass die Klage keine Deliktsklage ist, ändert hieran nichts.[1]) Aus der Kenntnis der Thatsachen kann übrigens auf die Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst geschlossen werden (s. S. 117).

Soweit zur Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird, dass der Anfechtungsgegner von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrag Kenntnis gehabt hat (§ 23 Z. 1), muss nach den bezüglich der Stellvertretung geltenden Grundsätzen auch die Kenntnis des Stellvertreters genügen.[2]) Bei Unkenntnis des letzteren ist aber auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners genügend, sofern diese so zeitig vorhanden war, dass er den Stellvertreter noch veranlassen konnte, von dem Rechtsgeschäfte abzustehen (v. Bem. I. 3 zu § 6).[3]) Der nach § 23 Z. 2 den Anfechtungsgegner von der Haftung befreiende Beweis der Unkenntnis erweitert sich hiernach im Falle einer Stellvertretung dahin, dass weder er selbst noch der Stellvertreter von den erheblichen Thatsachen Kenntnis gehabt hat,[4]) Wurde die Rechtshandlung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag vorgenommen, so entscheidet der Zeitpunkt der Genehmigung.[5]) Die Kenntnis des Geschäftsführers hat jedoch dieselbe Wirkung wie wenn er als beauftragter Vertreter gehandelt hätte. Ob Stellvertretung vorliegt, ist im allgemeinen nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Der Prozessbevollmächtigte ist jedenfalls als Stellvertreter anzusehen.[6]) Auch der Gerichtsvollzieher muss aber, soweit es sich um die Anfechtung handelt, als Stellvertreter des die Pfändung betreibenden Gläubigers gelten, obgleich er seine Befugnis zu deren Vornahme nicht vom Gläubiger ableitet. Er handelt zwar in dieser Beziehung als Organ des Staatsgewalt, aber er schreitet doch im Auftrag des Gläubigers zur Pfändung und ist beim Erwerbe des Pfandrechtes als dessen Beauftragter und Bevollmächtigter anzusehen.[7]) Aus der amtlichen Stellung folgt jedoch, dass der Gerichtsvollzieher die Erledigung eines ihm erteilten Auftrages zur Zwangsvollstreckung nicht unter Berufung auf seine Kenntnis von der erfolgten Zahlungseinstellung verweigern dürfte. Der Gerichtsvollzieher muss sich vergegenwärtigen, dass seine Kenntnis möglicherweise auf falschen Gerüchten beruht und dass die Zahlungseinstellung, selbst wenn sie ausser Zweifel ist, nicht notwendig zur K.-E. führt, ferner, dass der Gläubiger im Falle der Anfechtung die gepfändeten Sachen wieder freigeben kann und der hiebei eintretende Verlust gering ist,

[1]) R.-G. (III.) 14. Mai 1889, Entsch. Bd. 23 S. 112 ff.

[2]) Cosack S. 95; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 8; Endemann S. 244, 245; Hartmann S. 103 ff.; Jäckel S. 97; Korn S. 165 (wenigstens soweit es sich um die gesetzlichen Vertreter handelt); Krasnopolski S. 34; Menzel S. 97 ff.; Otto S. 117; Pollack in Z. f. Gerichtsv. Bd. 1 S. 88 ff.; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 309; Stieglitz S. 139; v. Völderndorff Bd. 1. S. 324; Willenbücher S. 50; v. Wilmowski S. 132; R.-G. (II.) 17. März 1882, (III.) 17. Nov. 1885, (V.) 17. Febr. 1886, (II.) 15. Febr. 1887, (VI.) 24. Jan. u. 2. Juni 1887, 17. Jan. 1889 Entsch. Bd. 7 S. 37, 38; Bolze Bd. 2 Nr. 585, 586; Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 316; Jur. Woch. 1887 S. 109, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 425, Bolze Bd. 4 Nr. 376, Jur. Woch. 1889 S. 69. A. M. Meisner in Gruchot Bd. 32 S. 473 ff.

[3]) Cosack S. 95; Korn a. a. O.; Menzel S. 95; Pollack a. a. O. S. 90; v. Völderndorff Bd. 1 S. 316, 317, 324; v. Wilmowski S. 132.

[4]) Stieglitz S. 144; Willenbücher S. 50 Nr. 4 b.; R.-G. (VI.) 8. Juli 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 255 u. 879.

[5]) Menzel S. 97.

[6]) R.-G. (II.) 17. März 1882 und (I.) 8. April 1885, Entsch. Bd. 7 S. 37, 8; Bolze Bd. 1 Nr. 538; bayer. ob. Landesg. 13. Okt. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 127 ff.

[7]) R.-G. verein. C.-S. 10. Juni 1886, Entsch. Bd. 16 S. 396 ff. und die dort auf S. 405 angeführte Litteratur, (III.) 5. Apr. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 1519; ferner Cosack S. 187; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 8; Pollack a. a. O. S. 90, 146 ff.; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 309; Willenbücher S. 50; v. Wilmowski S. 132; Jastrow im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 370. A. M. Eccius Bd. 1 S. 352; Hartmann S. 106; Korn S. 55, 167; Nessel in Gruchot Bd. 27 S. 97; v. Sarwey S. 196; v. Völderndorff Bd. 3 S. 174. O.-L.-G. Dresden 11. Febr. 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 458. V. in diesem Sinne auch Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 384 und 483, ferner Dunkhase, Arch. f. c. Pr. Bd. 77 S. 100 ff.

während ihm aus der Unterlassung der Vollstreckungshandlung möglicherweise grosser Schaden erwächst. Vermöge seiner amtlichen Stellung ist der Gerichtsvollzieher weder befugt noch verpflichtet, dem Gläubiger einen Rat zu erteilen; er soll für diesen ebensowenig Partei ergreifen wie für den Schuldner. Dagegen soll er dem Auftraggeber Mitteilung von den ihm bekannt gewordenen Thatsachen machen und es alsdann dem Ermessen des letzteren überlassen, ob er den Auftrag zurücknehmen oder aufrechterhalten will.[1]) Kann hiernach der Gerichtsvollzieher nicht darüber bestimmen, ob Zwangsvollstreckung stattfinden soll oder nicht, so muss seine Kenntnis rechtlich unerheblich erscheinen Zwar ist er verpflichtet, den betreibenden Gläubiger von der Thatsache der Zahlungseinstellung zu benachrichtigen, aber diese Pflicht ersetzt im Falle der Nichterfüllung nicht die mangelnde Kenntnis des Gläubigers.[2])

Soweit es sich um die Kenntnis von dem Eröffnungsantrag handelt, kommt es nicht darauf an, ob der Anfechtungsgegner gerade denjenigen Antrag kannte, auf Grund dessen das Kv. eröffnet wurde. Vielmehr genügt die Kenntnis von irgend einem Eröffnungsantrag.[3]) Die in Frage stehende Kenntnis muss, abgesehen vom Falle der Stellvertretung, bei dem Anfechtungsgegner in dem Augenblicke vorhanden gewesen sein, in welchem die anzufechtende Rechtshandlung vorgenommen wurde. Dass die Kenntnis zu derjenigen Zeit vorhanden war, zu welcher der Erwerber von der Zuwendung (z. B. einer Pfändung) Kenntnis erhielt, kann nicht genügen. In einem solchen Falle fehlte es zur Zeit der Rechtshandlung immerhin an dem zur Anfechtung erforderlichen Thatbestand.[4]) Haben mehrere **Mitberechtigte**, welche nur gemeinsam verfügen können, die Rechtshandlung vorgenommen, so tritt die Anfechtbarkeit nur gegenüber denjenigen ein, welchen die Kenntnis nachgewiesen wurde oder der Nachweis der Unkenntnis nicht gelungen ist.[5])

Zum Beweis der Kenntnis kann der K.-V. dem Anfechtungsgegner einen Eid zuschieben, da diese Kenntnis für letzteren Gegenstand eigener Wahrnehmung ist.[6]) Dagegen ist der Anfechtungsgegner nicht zur Eideszuschiebung an den K.-V. berechtigt, um seine eigene Unkenntnis nachzuweisen, weil diese für den K.-V. weder Gegenstand seiner Handlungen noch seiner Wahrnehmung sein kann.[7]) Zur Feststellung der Thatsache und der Zeit der Zahlungseinstellung ist die Eideszuschiebung an den Anfechtungsgegner regelmässig nicht geeignet, da es sich hiebei nicht um eine Thatsache im Sinne des § 410 C.-P.-O., sondern um eine Beurteilung handelt, welche dem Gerichte zusteht (Bem. I. 3 zu § 24). Daher müssen beim Antritt des Beweises über die Zahlungseinstellung die Thatsachen angegeben werden, aus welchen auf jene geschlossen werden kann. Auch in Ansehung der Kenntnis der Zahlungseinstellung wird der Eid übrigens häufig auf die Kenntnis bestimmter Thatsachen zu richten sein, da die Kenntnis solcher Thatsachen erst eine wirkliche Kenntnis der Zahlungseinstellung ermöglicht und der Richter in schwierigen Fällen nur auf diesem Wege vermeiden kann, dass die schwörende Partei den Rechtsbegriff „Zahlungseinstellung“ unrichtig anwendet.[8])

[1]) Pollack a. a. O. S. 95 ff.; Walter Z. f. Gerichtsv. Bd. 4 S. 42 ff.; Schulz ebenda S. 53, 54; Dunkhase im Arch. f. c. Pr. Bd. 77 S. 106, 141.

[2]) Dunkhase, Arch. f. c. Pr. Bd. 77 S. 100 ff., bes. 139 ff.; Voss in der Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 5 S. 82 ff., bes. S. 84, 85.

[3]) Cosack S. 178.

[4]) A. M. Cosack S. 104.

[5]) Meisner in Gruchot Bd. 32 S. 489.

[6]) Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 9; Otto S. 191; Willenbücher S. 50 Nr. 4 b.; v. Wilmowski S. 132; R.-G. (VI.) 8. Juli 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 879; Jur. Woch. S. 324, 325. A. M. R.-G. (III.) 5. April 1887, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 7 S. 40.

[7]) v. Wilmowski S. 139.

[8]) Kleinfeller, Thatsacheneid S. 305 mit S. 268, 269, 301 und in Buschs Z. Bd. 16 S. 257, 258; v. Wilmowski S. 132; R.-G. (III.) 5. April 1887 a. a. O. erklärt auch den Eid über die Kenntnis der die Zahlungseinstellung begründenden Thatsachen als unzulässig.

II. Benachteiligungen trotz Kenntnis von dem drohenden Konkurse. (Z. 1).

1. Der Begriff „Rechtsgeschäft".

In Z. 1 Satz 1 wird ein vom Gemeinschuldner mit einem andern eingegangenes Rechtsgeschäft vorausgesetzt, durch dessen Eingehung die K.-Gl. benachteiligt werden. Mit Rücksicht darauf scheiden hier alle reinen, auch die prozessualen Unterlassungen aus, da solche wohl als Rechtshandlungen, nicht aber als Rechtsgeschäfte angesehen werden können.[1]) Ferner bleiben einseitige Rechtsgeschäfte hier ausser Betracht, weil es bei ihnen, wie bei einseitigen Verzichten u. s. w., an dem im Gesetze vorausgesetzten andern Teile fehlt, welcher „das Geschäft einging". Besonders gehören Zahlungen nicht hierher.[2]) Als Rechtsgeschäfte im Sinne der in Frage stehenden Vorschrift sind hiernach nur Verträge anzusehen, welche der Gemeinschuldner abgeschlossen hat. Nur sie lassen sich als Rechtsgeschäfte bezeichnen, welche von diesem „mit einem anderen Teile eingegangen" wurden. Sowohl für die Beteiligung des Gemeinschuldners wie für die des anderen Teils genügt aber ein bewusstes Dulden und Geschehenlassen, das in Verbindung mit dem Verhalten des anderen Teils ein stillschweigendes Übereinkommen darstellt. Kenntnis der benachteiligenden Wirkungen des Rechtsgeschäftes oder auch nur das Bewusstsein davon, dass diese eintreten werden, ist nicht erforderlich.[3])

Verfügungen über Grundstücke werden, soweit sie als Rechtsgeschäfte in dem dargelegten Sinne anzusehen sind, auch dann durch die in Frage stehende Vorschrift betroffen, wenn das Gesetz im übrigen das Vertrauen auf das Grundbuch schützt. Sie sind als anfechtbar erklärt, weil die darin enthaltene Benachteiligung der K.-Gl. bei der gegebenen Sachlage als eine ungerechtfertigte gilt. Diese Anfechtung äussert gegenüber dem Teilnehmer an der Schädigung ihre Wirkung, auch wenn er die Benachteiligung nicht beabsichtigte oder sich derselben nicht bewusst war. Der gute Glaube an das Grundbuch wird geschützt, um die Gläubiger vor Schaden zu bewahren, nicht um ihre Schädigung zu ermöglichen. Dies würde aber geschehen, wenn zugunsten des Anfechtungsgegners der Inhalt der öffentlichen Bücher maassgebend wäre.[4]) Wird das Rechtsgeschäft Dritten gegenüber erst durch Eintragung in das Grundbuch oder Hypothekenbuch wirksam, so genügt es übrigens nicht, dass nur diese Eintragung in die nach dem Gesetz entscheidende Zeit fällt, denn die Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag muss zur Zeit des Vertragsabschlusses vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn dieser Abschluss schon vor den erwähnten Ereignissen erfolgte.[5])

2. Benachteiligung der Konkursgläubiger.

Die zur Anfechtung vorausgesetzte Benachteiligung (Bem. II. 1 zu § 22), muss „durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts", d. h. durch den Abschluss des Vertrags herbeigeführt worden sein, welcher dem Gemeinschuldner ein genügendes Entgelt nicht gewährt. Anscheinend wird zwar die Verminderung der Masse erst durch die Erfüllung des Rechtsgeschäftes bewirkt. In Wirklichkeit tritt sie aber schon infolge der durch den Vertrag begründeten Verpflichtung zu einer Leistung ein, welche deshalb durch die Anfechtung beseitigt werden soll. Es muss daher eine rechtliche Beziehung des Rechts-

[1]) Cosack S. 168; Grützmann S. 155; Frohwann S. 13.

[2]) Grützmann S. 155; Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 50; v. Sarwey S. 155; Stieglitz S. 132 Nr. III.; Willenbücher S. 49; v. Wilmowski S. 129 Nr. 2 b. A. M. Endemann S. 243, v. Völderndorff Bd. 1 S. 317 und Cosack S. 169, der insbesondere die Zahlungen hierher zieht.

[3]) Endemann S. 244; Fitting § 16 Anm. 16; Frohwann S. 13, 14; v. Mandry S. 469 § 50 Anm. 19; Otto S. 118; Rassow in Gruchot Bd. 27 S. 165; v. Völderndorff Bd. 1 S. 323; v. Wilmowski S. 131, 132 Nr. 4. A. M. Grützmann S. 173 ff.

[4]) Sarwey S. 156, 157; Stieglitz S. 136 Nr. III. 4; v. Völderndorff Bd. 1 S. 320; Willenbücher S. 49 unten; v. Wilmowski S. 130 Nr. 2.

[5]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 336; v. Wilmowski S. 132. A. M. Cosack S. 179 und v. Sarwey S. 165.

geschäftes zum Vermögen des Gemeinschuldners vorliegen; diese Bedingung wird aber nicht schon dadurch erfüllt, dass der Anfechtungsgegner aus diesem Vermögen durch dritte Personen etwas erhält, ohne zu wissen, dass er aus dem Vermögen des späteren Gemeinschuldners erwirbt.[1]) Eine Benachteiligung, welche nur infolge eines Geschäftes oder einer Rechtshandlung, nämlich durch diese in Verbindung mit anderen Umständen, z. B. mit nachträglichem Untergang oder sonstigem Verlust des dem Gemeinschuldner gewährten Entgelts oder dessen Entwertung eingetreten ist, genügt nicht. Hier kommt es vielmehr lediglich auf den Zustand an, welcher durch den Abschluss des Vertrages und die dadurch begründete Leistungspflicht geschaffen wurde. Der andere Teil wird also nicht dadurch zur Rückgewähr verpflichtet, dass nachträglich der von ihm gewährte Gegenstand untergeht, entwertet wird u. s. w.[2]) Die entgegengesetzte Auffassung würde auch sehr leicht zur Schädigung der Gläubiger führen, indem durch die Furcht vor der Verpflichtung zur Rückgewähr ein für den Gemeinschuldner und die Gläubiger vorteilhaftes Geschäft z. B. der günstige Verkauf eines Hauses, dessen Erlös zur Befriedigung der letzteren ausreichend wäre, verhindert werden könnte.

Ob eine Benachteiligung vorliegt, ist nicht vom subjektiven Standpunkte des Gemeinschuldners aus, sondern nach rein sachlichen Erwägungen unter Berücksichtigung des Einflusses zu beurteilen, den das Geschäft auf den Stand der Befriedigungsmasse ausübt. Die Gläubiger sind dann benachteiligt, wenn sie ohne die Rechtshandlung in höherem Maasse Befriedigung erlangt hätten.[3]) Deshalb sind nicht bloss solche Verträge anfechtbar, bei deren Eingehung es von vornherein feststeht, dass dem Gemeinschuldner eine entsprechende, d. h. für die Befriedigung der K.-Gl. gleichwertige Gegenleistung nicht zugesichert wird, z. B. Kauf, Tausch, Mietverträge, Darlehensverträge mit übermässig hohem Zinsversprechen. Vielmehr unterliegen auch gewagte Geschäfte, insbesondere Spiel und Wette, der in Frage stehenden Anfechtung, wenn das Geschäft selbst mit Rücksicht auf die vorhandenen Vermögensverhältnisse oder auf die Wahrscheinlichkeit von Gewinn oder Verlust als ein ungünstiges anzusehen ist. Bei Versicherungsverträgen, insbesondere bei Lebensversicherungen wird eine Benachteiligung durch „Eingehung des Rechtsgeschäfts" nur wegen ungenügender Gegenleistung anzunehmen sein, dagegen bei Spiel und Wette in der Regel, sofern ein Verlust eingetreten ist. Die blosse Möglichkeit eines Gewinnes kann nicht die Wirkung haben, dass das Geschäft selbst als nicht benachteiligend angesehen wird. Der eingetretene Verlust, den die Parteien in den Bereich ihrer Verabredungen gezogen und als mögliche Folge des Geschäfts gewollt hatten, unterscheidet sich wesentlich von dem zufälligen Untergang und der Verschlechterung der Sache, für welche der Anfechtungsbeklagte nach den obigen Darlegungen nicht zu haften hat. Das gewagte Geschäft wegen der vorhanden gewesenen Möglichkeit eines Verlustes auch dann als benachteiligend anzusehen, wenn es einen solchen nicht herbeigeführt hat, ist nicht gerechtfertigt.[4]) In solchem Falle wird aber auch der K.-V. das Geschäft nicht anfechten.

Die Begebung und Annahme eines Wechsels bildet einen Vertrag im Sinne des § 24.[5]) Sie enthält aber auch regelmässig eine Benachteiligung der K.-Gl. Durch die Wechselbegebung seitens des Gemeinschuldners wird eine Verpflichtung für ihn erzeugt; es werden also die Passiven seines Vermögens erhöht, ohne dass durch diesen Vertrag eine

[1]) O.-L.-G. Hamburg 29. Febr. 1889, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Hauptbl.) S. 79.

[2]) R.-G. (II.) 13. März 1885 (zu § 3 Z. 2 Anf.-Ges.), Entsch. Bd. 13 S. 41; Fitting S. 149; Menzel S. 164, 165; v. Sarwey S. 154; Stieglitz S. 133; Cosack S. 63, 75, 76. A. M. Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 36 u. 51; Korn S. 185; R.-G. (III.) 5. April 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 364.

[3]) R.-G. (VI.) 21. März 1889, Jur. Woch. S. 208, (II.) 1. Nov. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 133 ff., (VI.) 21. März 1890, Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 164.

[4]) Cosack S. 76 Nr. 2; Frohwann S. 17. A. M.: v. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 463, 464 § 30 II. A. u. Anm. 13; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 10; Fitting § 16 Anm. 17; v. Sarwey S. 155; Stieglitz S. 133; v. Völderndorff Bd. 1 S. 117 Anm. 14.

[5]) R.-G. (I.) 21. Dez. 1889, Bolze Bd. 9 Nr. 166.

gleichzeitige und ebenso grosse Vermehrung der Aktiven eintritt; denn die Hingabe der Valuta an den Gemeinschuldner gehört, wenn eine solche erfolgt, nicht zum Wechselbegebungsgeschäft als Formalvertrag. Folglich bewirkt die Wechselbegebung als solche eine Benachteiligung der Gläubiger. Aus dem ihr zu Grunde liegenden Geschäfte kann sich allerdings ergeben, dass der Gemeinschuldner vollen Gegenwert erhalten hat, und dass deshalb der Vermehrung der Passiven eine gleichzeitige und ebenso grosse Vermehrung der Aktiven entspricht, mithin die Benachteiligung der Gläubiger ausgeschlossen ist. Aber diese Thatsache muss im Wege der Einrede bezw. Replik durch den Anfechtungsgegner geltend gemacht und bewiesen werden. Wollte man nicht anerkennen, dass durch den Nachweis der Wechselbegebung an sich auch die Benachteiligung der Gl. bewiesen ist, sondern fordern, das der K.-V. die Benachteiligung aus dem Wechselgrundgeschäft darlege, so wäre die Anfechtung gerade in den Fällen ausgeschlossen, in welchen die Benachteiligung am klarsten ist, weil der Wechselbegebung überhaupt kein Geschäft entspricht, aus dem der Gemeinschuldner irgend eine Valuta empfangen hätte oder empfangen könnte. Wo ein derartiges Geschäft der Wechselbegebung nicht zu Grunde liegt und deshalb die Gläubiger benachteiligt sind, könnte der K.-V. den Nachweis der Benachteiligung niemals oder doch nur in seltenen Fällen führen.[1]) Darin allerdings, dass die nach § 134 zu erhebende Feststellungsklage nach den §§ 555, 565 C.-P.-O. nicht im Urkundenprozess erhoben werden kann,[2]) liegt eine Benachteiligung nicht, weil vor rechtskräftiger Feststellung der Forderung im Nachverfahren eine Befriedigung des Wechselgläubigers nicht erfolgen würde. In der Regel kann die Anfechtung nur gegenüber demjenigen Wechselinhaber erfolgen, welcher mit dem Gemeinschuldner das anfechtbare Grundgeschäft abgeschlossen hat. Die weiteren Wechselbegebungen bilden keine vom Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, können sonach nur insoweit durch die Anfechtung betroffen werden, als die Voraussetzungen des §§ 33 vorliegen (v. Bem. 3 hiezu).

Die Benachteiligung muss die Konkursgläubiger treffen, d. h. deren Befriedigung aus der Masse verhindern oder doch schmälern. Zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung gab es zwar solche ebensowenig wie einen Gemeinschuldner. Der Ausdruck wurde aber gewählt, weil § 23 zu seiner Anwendung die nachträgliche K.-E. voraussetzt. Werden durch die anfechtbare Handlung lediglich Absonderungsberechtigte betroffen, welche nicht aus der Masse, sondern aus dem Absonderungsgegenstande Befriedigung suchen, so ist die Anfechtung durch den K.-V. ausgeschlossen.[3]) Auch die Benachteiligung von Aussonderungsberechtigten, oder von anderen Personen, welche nicht K.-Gl. sind, kann die Anfechtung nicht rechtfertigen.

3. Benachteiligung durch Sicherung oder Befriedigung.

Einen besonderen Fall der Benachteiligung ungeachtet der Kenntnis von dem drohenden Kv. trifft der zweite Satz der Z. 1, nach welchem jede einem K.-Gl. gewährte Sicherung oder Befriedigung der Anfechtung unterliegt, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag erfolgt ist und der Gläubiger von diesen Thatsachen Kenntnis gehabt hat. An sich liegt in der Annahme dessen, worauf der Gläubiger einen Anspruch hatte, eine ungerechtfertigte Benachteiligung der übrigen Gläubiger und eine Verletzung von deren Rechten nicht. War aber zur Zeit der Annahme schon diejenige Thatsache eingetreten, an welche das Gesetz die Gleichstellung der Gläubiger, d. h. die gemeinsame ver-

[1]) R.-G. (I.) 7. Dez. 1889, Entsch. Bd. 26 S. 74; Endemann S. 244; Frohwann S. 17; Jäckel S. 84; Meves S. 35; v. Völderndorff Bd. 1 S. 318 ff. A. M. Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 12; Grützmann S. 167; Hartmann S. 99, 100; Otto S. 57; v. Sarwey S. 143 ff.; Stieglitz S. 134; Wengler S. 189; v. Wilmowski S. 122.

[2]) Petersen C.-P.-O. §§ 565 ff. Bem. I. S. 820 und die dort angegeb. Litteratur, ferner: Stein, Urkunden- und Wechselprozess S. 51, 190 u. 351.

[3]) Cosack S. 169, 174; Stieglitz S. 137; v. Völderndorff Bd. 1 S. 327, 328; v. Wilmowski S. 133. A. M. Fitting § 16 Anm. 18.

hältnismässige Befriedigung knüpft, so tritt die Benachteiligung der übrigen Gläubiger zutage und diese gilt als ungerechtfertigt, wenn der Gläubiger zur Zeit der Annahme der Sicherung von jener Thatsache Kenntnis hatte. Die Wirkungen, welche sonst erst die K.-E. hat, werden in diesem Falle in gewissem Maasse schon mit der Zahlungseinstellung und dem Eröffnungsantrag verbunden, indem der Gläubiger zur Rückgewähr angehalten werden kann. Eine Benachteiligungsabsicht seitens des Gemeinschuldners wird hier ebensowenig wie in Satz 1 der Z. 1 vorausgesetzt. Auch braucht der K.-V. nicht einen besonderen Beweis zu erbringen, dass durch die gewährte Befriedigung oder Sicherung die übrigen K.-Gl. benachteiligt worden sind, denn solche Rechtshandlungen bewirken immer eine Schmälerung der Masse, wenn nicht Ausnahme-Verhältnisse vorliegen, welche der Anfechtungsgegner darlegen muss. Ein solches Verhältnis besteht z. B., falls die Befriedigung als Leistung „Zug um Zug“ auf Grund eines nicht nach Satz 1 der Z. 1 anfechtbaren Geschäftes erfolgt. Enthält das Geschäft selbst eine Benachteiligung nicht, so ist eine solche auch nicht in der Erfüllung enthalten. Das Geschäft darf deshalb unter dieser Voraussetzung nicht auf einem Umweg der Anfechtung unterworfen werden. Übrigens erfolgt die Leistung in einem solchen Falle auch nicht an eine Person, welche, wenn das Kv. schon eröffnet wäre, K.-Gl. sein würde.[1]) Auch wenn durch die Tilgung einer Verbindlichkeit ein Pfand frei wird, dessen Wert demjenigen der Zahlung entspricht, kann diese letztere eine Benachteiligung enthalten, sofern der verpfändete Gegenstand nachträglich untergeht oder eine Wertverminderung erfährt.[2])

Der Anfechtung nach Satz 2 sind nicht bloss Rechtsgeschäfte, sondern alle Rechtshandlungen unterworfen, welche einem K.-Gl. Sicherung oder Befriedigung gewähren. Als Befriedigung gilt jede Erfüllung einer Verbindlichkeit, insbesondere die Zahlung einer Schuld und die Hingabe an Zahlungsstatt. Wegen Zahlung durch einen Dritten vergl. § 22 Bem. I. 1. Ob die Schuld fällig ist oder nicht, kommt hier nicht in Betracht. Sicherung liegt in jeder Gewährung von Schutz gegen die Gefahr der Nichtbefriedigung. Doch wird auch hier vorausgesetzt, dass durch die Sicherung die K.-Gl. benachteiligt werden, d. h. das Vermögen des Gemeinschuldners geschmälert oder belastet wird. Die Sicherung durch Bestellung eines Bürgen unterliegt deshalb der Anfechtung nicht. Den Hauptfall der anfechtbaren Sicherung bildet die Verpfändung. Doch gehören auch diejenigen Rechtshandlungen hierher, durch welche es dem Gläubiger ermöglicht wird, sich ein Pfand zu verschaffen, insbesondere die Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde,[3]) sowie die durch prozessuale Handlungen oder Unterlassungen bewirkte Einräumung eines anderen vollstreckbaren Titels[4]) bezw. eines Urteils, das eine gerichtliche Hypothek gewährt (Art. 2123 des Code civil).[5]) Ob die gewährte Befriedigung oder Sicherung zu der Zeit und in der Art gefordert werden durfte, in welcher sie erlangt wurde, ist, soweit es sich um die Anwendung von Z. 1 des § handelt, gleichgültig. Es kann deshalb auch eine Sicherung, welche sich den Gläubigern auf Grund des durch § 3 des E.-G. aufrechterhaltenen Art. 29 der W.-O. verschafft hat, angefochten werden, sofern sie nicht in unanfechtbarer Weise, z. B. durch Bürgschaftsleistung gewährt wurde, sondern die Voraussetzungen der Z. 1 vorliegen. Ein Anspruch auf eine derartige Sicherung, wie ihn Art. 29 für nicht fällige Forderungen im Falle des Konkurses gewährt, kann auch in anderen Fällen bestehen. Ein solcher Anspruch, durch welchen die Forderung der fälligen Forderung gleichgestellt wird, schliesst aber die Anfechtung nach Z. 1 nicht aus (Bem. I. 1 f. zu § 3 E.-G.).[6])

[1]) Cosack S. 172, 173; Grützmann S. 171.

[2]) A. M. Cosack S. 190.

[3]) Hartzfeld S. 501; v. Mandry S. 470; R.-G. (III.) 29. Jan. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 91.

[4]) Cosack S. 185.

[5]) R.-G. (II.) 29. April 1887 und O.-L.-G. Köln 20. April 1887, rhein. Arch. Bd. 78 III. S. 87.

[6]) Korn S. 130; R.-G. (III.) 25. Nov. 1886, (I.) 7. Nov. 1888, Bolze Bd. 3 Nr. 380, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 382; bayer. ob. Landesg. 26. Nov. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 126 und Bl. f. R.-A. Bd. 51 S. 122. A. M. Frohwann S. 25 Nr. 2; O.-L.-G. Breslau 24. Apr. 1888, Z. d. Bresl. Anwaltsk. 1888 S. 38, 39.

Gleichgültig ist es auch, ob die Befriedigung oder Sicherung von dem Gemeinschuldner freiwillig gewährt wurde, oder gegen dessen Willen im Wege gerichtlichen Zwanges erfolgte (vgl. § 28 und Bem. III. 2). Um dies bestimmter zum Ausdruck zu bringen, wurde die Fassung „erfolgte Rechtshandlung" gewählt (K. S. 21). Der Anfechtung unterliegen hiernach Pfändungs- und Arrest-Pfandrechte, bezüglich deren der in Z. 1 vorausgesetzte Thatbestand vorliegt. [1])

Vorausgesetzt wird Sicherung oder Befriedigung eines Konkursgläubigers, d. h. einer Person, welche nach § 2 K.-Gl. sein würde, wenn das Verfahren z. Z. der Vornahme der Rechtshandlung schon eröffnet gewesen wäre. Satz 2 der Z. 1 kommt deshalb nicht zur Anwendung, wenn ein solcher Gläubiger Sicherung oder Befriedigung erlangt hat, dessen Forderung zu den in § 56 Z. 3 und 4 bezeichneten gehört; [2]) in solchen Fällen bleibt die Anfechtung auf die §§ 24 und 25 beschränkt. Absonderungsberechtigte Gläubiger sind zwar K.-Gl.; aber die Anfechtung ihrer Befriedigung ist insoweit ausgeschlossen, als diese Befriedigung aus dem Erlöse des Absonderungs-Gegenstandes erfolgt oder dieser Gegenstand in anderer Weise zur Befriedigung verwendet wird. Was der Absonderungsberechtigte auf diesem Wege erhält, empfängt er nicht als zukünftiger K.-Gl., würde er vielmehr auch nach der K.-E. in demselben Umfange bekommen haben. Hat der Absonderungsberechtigte dagegen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in anderer Weise Befriedigung erlangt, sei es auch nur in einer dem Werte des Absonderungsgegenstandes entsprechenden Höhe, so hat er nicht als Absonderungsberechtigter, sondern als K.-Gl. im obigen Sinne Befriedigung gefunden. Der Absonderungsgegenstand wird dadurch an sich nicht frei, sofern es nicht ausdrücklich vereinbart wird oder die Tilgung der ganzen Schuld erfolgt. [3]) Aber auch wenn der Absonderungsgegenstand dadurch für die Masse frei geworden ist, bleibt die Anfechtbarkeit aus dem angegebenen Grunde unberührt. Nur wird der K.-V. die Anfechtung unterlassen, denn sonst unterliegt der durch die Tilgung der ganzen Schuld frei gewordene Gegenstand, wenn noch in der Masse vorhanden, der Absonderung, weil die Tilgung der Schuld unwirksam ist. War die Freigebung bei nur teilweiser Tilgung durch besondere Erklärung erfolgt, so setzt sich der K.-V. sonst einer condictio causa data causa non secuta und, falls die Sache nicht mehr in der Masse vorhanden ist, der condictio sine causa aus.

III. Benachteiligung durch Begünstigung eines Konkursgläubigers. (Z. 2.)

1. Voraussetzungen im allgemeinen.

Die durch Z. 2 betroffenen Begünstigungen eines K.-Gl. sind gefährlicher als die in Z. 1 vorgesehenen Benachteiligungen, weil die Versuchung, sich auf dem hier in Frage stehenden Wege zum Nachteil der übrigen K.-Gl. Sicherung oder Befriedigung zu verschaffen, besonders nahe liegt. Deshalb wurde hier die Anfechtung wesentlich erleichtert. Einerseits genügt es, dass die Rechtshandlung in den zehn vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag liegenden Tagen erfolgt ist; andererseits braucht dem Anfechtungsgegner nicht nachgewiesen zu werden, dass er von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag Kenntnis hatte. Er kann die Anfechtung nur durch den Nachweis beseitigen, dass er weder von den erwähnten Ereignissen noch von einer Absicht des Gemeinschuldners, ihn zu begünstigen, Kenntnis gehabt habe. Begünstigungsabsicht ist dann

[1]) Cosack S. 180, 186, 187; Endemann S. 245; Fitting § 16 Anm. 19; Grützmann S. 156; Hartzfeld S. 501; Korn S. 55 ff., 113; v. Mandry S. 470 und die Kommentare; R.-G. (V.) 23. April 1882, (II.) 10. April 1888, Bl. für R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 146; Bolze Bd. 6 Nr. 266 vgl. noch unten Bem. III. 2.

[2]) Frohwann S. 29.

[3]) Cosack S. 174; Stieglitz S. 137 Nr. IV. 2; v. Wilmowski S. 133; wohl auch v. Völderndorff Bd. 1. S. 327, 328. A. M. Fitting § 16 Anm. 18, welcher jeden Unterschied leugnet, und Frohwann S. 30, der die Anfechtung nur insoweit gestatten will, als die Befriedigung den Wert des nicht verwerteten Absonderungsgegenstandes übersteigt.

vorhanden, wenn der Gemeinschuldner dem Gläubiger Vorteile verschaffen will, auf welche dieser keinen Anspruch hatte. Bei dem Gemeinschuldner wird hiernach das Bewusstsein vorausgesetzt, dass in der Rechtshandlung eine unentgeltliche Verfügung enthalten sei oder dass sie wenigstens den Grundsatz verletze, nach welchem die K.-Gl. gleichmässige Befriedigung finden sollen. Der von dem Anfechtungsgegner zu erbringende Beweis muss deshalb darauf gerichtet sein, dass weder der eine noch der andere Fall vorliege, oder ihm doch eine derartige Absicht des Gemeinschuldners, auf welche auch aus dessen passivem Verhalten geschlossen werden kann,[1]) in beiden Richtungen unbekannt gewesen sei.[2]) Für die in der zehntägigen Frist vorgenommenen Handlungen kommt, da eine Zahlungseinstellung zur Zeit der angefochtenen Handlung noch nicht vorhanden war, nur die Kenntnis einer Begünstigungsabsicht in Betracht. Diese braucht aber nicht unter allen Umständen schon dann vorzuliegen, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass es demnächst zur Zahlungseinstellung kommen werde.[3].)

Die Absicht des Anfechtungsgegners, eine Begünstigung zu erlangen, rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluss, dass auch der Gemeinschuldner die Absicht hatte, den ersteren zu begünstigen, sondern kann nur eine Vermutung hiefür begründen. Deshalb verliert der Beweis, dass der Gemeinschuldner eine Begünstigungsabsicht nicht hatte, seine Bedeutung nicht dadurch, dass der Anfechtungsgegner selbst eine Begünstigung erstrebte.[4]) Eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kann übrigens auch dann vorliegen und dem Anfechtungsgegner bekannt sein, wenn die in Frage stehende Handlung üblich ist und darum nicht auffällig war. Der Beweis eines derartigen Sachverhalts führt deshalb nicht notwendig zu der Annahme, dass die Kenntnis der Begünstigungsabsicht gefehlt habe.[5]) Misslingt dem Anfechtungsgegner der ihm obliegende Beweis auch nur nach einer Richtung, so ist die Anfechtung begründet.

2. *Mangel eines Anspruchs.*

Wenn der Anfechtungsgegner den ihm obliegenden Beweis nicht führen kann, unterliegen der Anfechtung diejenigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährenden, Rechtshandlungen, auf welche er nach dem geltenden Rechte entweder überhaupt keinen Anspruch hatte oder deren Leistung er nicht zu der Zeit oder nicht in der Art beanspruchen konnte, in welcher sie erfolgte. Vermochte der Anfechtungsgegner einen Anspruch nur auf ein Versprechen zu stützen, welches wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig war, so bestand ein Anspruch, wie ihn das Gesetz voraussetzt, nicht.[6]) Durch das Vorhandensein einer natürlichen, nicht klagbaren, Verbindlichkeit wird die Anfechtung gleichfalls nicht ausgeschlossen. Auch in diesem Falle konnte die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht von dem Gemeinschuldner „beansprucht" oder doch eine Forderung nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Nach dem Gesetz ist aber nur eine solche Leistung der Anfechtung entzogen, zu welcher der Gemeinschuldner von Rechts wegen verpflichtet war.[7]) Auch wenn nicht eine Sicherung, sondern eine Befriedigung gewährt wurde, kann der im Gesetz vorgesehene Fall vorliegen, dass der „Konkursgläubiger" diese Befriedigung „nicht zu beanspruchen hatte". Wer nichts zu fordern hat, ist nicht K.-Gl. und wenn eine Forderung nicht besteht, kann von „Befriedigung" nicht gesprochen werden. Aber das Gesetz hat hier auch nur den Fall im Auge, in welchem jemand einen Anspruch erhebt, der ihn, falls er begründet wäre, zum K.-Gl. machen würde. Ob die Forderung zu Recht besteht,

[1]) R.-G. (III.) 20. Jan. 1882, Entsch. Bd. 6 S. 367.
[2]) Menzel S. 204 ff.
[3]) R.-G. (II.) 13. Mai 1881, (VI.) 29. Jan. 1891, Entsch. Bd. 4 S. 435, Jur. Woch. S. 133 Nr. 11.
[4]) R.-G. (II.) 13. Mai 1881, Entsch. Bd. 4 S. 435.
[5]) Cosack S. 208.
[6]) Hullmann S. 141 Nr. 10; v. Völderndorff Bd. 1 S. 336 Anm. 73. A. M. Cosack S. 195.
[7]) A. M. Cosack S. 194, 195; Grützmann S. 184.

kommt hier so wenig als bei der Sicherung in Betracht. Auch bei dieser letzteren wird zwar an sich vorausgesetzt, dass eine Forderung besteht. Der Verwalter kann aber die als Sicherung anzusehende Leistung anfechten, ohne zuzugeben, dass überhaupt eine Forderung begründet ist. Dasselbe gilt bezüglich der Befriedigung. Es kommt nur darauf an, ob eine Leistung zu dem Zweck erfolgte, den Anfechtungsgegner wegen einer geltend gemachten Forderung zu befriedigen. [1])

Soweit es sich um Anfechtung der Befriedigung eines K.-Gl. handelt, gehören, abgesehen von der Erfüllung nicht bestehender, verjährter, oder nicht klagbarer Forderungen, vor allem hierher die vor der Verfallzeit erfolgten Zahlungen, die auch dann angefochten werden können, wenn der Gemeinschuldner damit einen Dritten beauftragte, dem er dazu die Mittel gewährte (Bem. I. 1 zu § 22). In dieser Beziehung ist es gleichgültig, ob der Verfalltag noch innerhalb der entscheidenden Frist oder erst später eintritt, denn auch in dem ersteren Falle kann die verfrühte Zahlung eine Benachteiligung enthalten, z. B. eine Verschleppung der gezahlten Gelder ermöglichen. [2]) Immerhin ist eine erhebliche Abweichung von der Verfallzeit erforderlich und die Anfechtung ausgeschlossen, wenn die Leistung am vereinbarten Tage, aber zu einer früheren als der festgesetzten Stunde erfolgt ist. In diesem Falle liegt verfrühte Zahlung nach der Verkehrssitte nicht vor. Auch kann Benachteiligung der K.-Gl. nicht angenommen werden. [3]) Daselbe wie von der Zahlung vor Eintritt der Fälligkeit gilt von der Erfüllung vor Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder auf Grund einer vor dem entscheidenden Zeitpunkt getroffenen, die Abkürzung der Zahlungsfrist betreffenden Vereinbarung. [4]) In allen Fällen verfrühter Erfüllung ist die Anfechtung gerechtfertigt und zwar ist die ganze Leistung zurückzugewähren, nicht bloss der Zwischenzins zu vergüten. Die verfrühte Zahlung ist nicht anders zu behandeln wie eine andere verfrühte Erfüllung, insbesondere die Lieferung von Waren u. s. w., bei welcher die Berechnung von Zwischenzinsen der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist. Die Anfechtung hat auch in diesen Fällen die Wirkung, dass die Leistung zurückgewährt und so der frühere Zustand wieder hergestellt werden muss. Die etwa entgegenstehenden Vorschriften der Landesgesetze sind durch § 4 des E.-G. beseitigt. [5])

Weiter kommt in Betracht die Hingabe an Zahlungsstatt. [6]) Die Anfechtung ist jedoch in dieser Beziehung ausgeschlossen, wenn der Gläubiger ausser dem eigentlichen Gegenstande der Leistung (alternativ) auch einen andern verlangen durfte und dieser geleistet wurde, oder wenn doch der Gemeinschuldner zu dieser Leistung berechtigt war und dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit wurde. Der Gläubiger konnte in diesem Falle zwar nicht den geleisteten Gegenstand unter Zurückweisung des eigentlichen Gegenstandes der Leistung fordern. Aber es liegt doch eine dem bestehenden Rechtsverhältnisse entsprechende Erfüllung vor. Der Gläubiger durfte die angebotene Leistung nicht zurückweisen und hatte ein Recht auf die eine oder die andere Leistung. Es stand ihm also jedenfalls ein bedingter Anspruch auf die angebotene Leistung zu. [7]) Streng ge-

[1]) Cosack S. 201; Fitting § 16 Anm. 2; Frohwann S. 28; Fuchs S. 48; Korn S. 130; Meisner S. 117; Menzel S. 198; v. Sarwey S. 164; Steinbach S. 52; Stieglitz S. 141; Willenbücher S. 51 Nr. 8; v. Wilmowski S. 135 Nr. 8. A. M.: Grützmann S. 184, 185; v. Völderndorff Bd. 1 S. 335.

[2]) Cosack S. 197; Grützmann S. 183; Otto S. 196; Willenbücher S. 51 Nr. 8 a. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 332, 333.

[3]) Cosack a. a. O.

[4]) R.-G. (V.) 27. März 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 304; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 124.

[5]) Korn S. 125 (anders S. 145); Otto S. 83; v. Sarwey S. 163, Stieglitz S. 141. A. M. Cosack S. 115; Meisner S. 117; Menzel S. 158.

[6]) R.-G. (II.) 15. Okt. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 250.

[7]) Cosack S. 213; Otto S. 80 ff.; Stieglitz S. 139. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 334, 335.

nommen enthält auch die Zahlung mit Banknoten, sofern nicht ausdrücklich eine solche Zahlung vereinbart war, eine Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser Art nicht zu fordern hatte. Diese Annahme, welche dem bestehenden Gebrauch und den Interessen des Verkehrs durchaus widersprechen würde, kann aber nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Deshalb darf die Anfechtung auf die Anwendung derartiger im Verkehr allgemein gebräuchlicher Zahlungsmittel, welche nicht als Hingabe an Zahlungsstatt, sondern als Zahlung gilt, nicht gestützt werden. [1]) Dagegen fällt unter den Begriff der Hingabe an Zahlungsstatt die Befriedigung mit ausländischem Geld, falls nicht gerade die Leistung in dieser Währung verlangt werden konnte, ebenso die Befriedigung durch Begebung von Wechseln oder kaufmännischen Anweisungen, sowie die Hingabe von andern Wertpapieren, selbst wenn deren Kurs an der Börse notiert wird und die Befriedigung durch Hingabe solcher Papiere üblich sein sollte. [2]) Ferner ist die Anfechtung begründet, wenn dem Gläubiger eine Sache zu dem Zweck verkauft wurde, dass er durch Aufrechnung Befriedigung erhalten solle. In diesem Falle wird der Gläubiger der Sache nach durch den Empfang des zu verkaufenden Gegenstandes befriedigt. Die Hingabe an Zahlungsstatt unterliegt übrigens dann der Anfechtung nicht, wenn sie auf Grund einer Vereinbarung erfolgte, welche vor dem für die Anfechtung maassgebenden Zeitpunkte getroffen wurde. In diesem Falle hatte der Gläubiger zur Zeit der Befriedigung einen unanfechtbaren Anspruch auf die ihm gewährte Befriedigung, auch soweit deren Art in Frage steht. [3]) Erhält der Gläubiger, welcher lediglich Sicherung zu beanspruchen hatte, an deren Stelle Befriedigung, so ist die Anfechtung begründet. [4])

Was die Gewährung einer Sicherung anbelangt, so können Rechtshandlungen, welche die Masse nicht berühren, wie die Bürgschaftsleistung eines Dritten u. s. w., selbstverständlich nicht angefochten werden. Im übrigen kommt es aber auf die Beschaffenheit der Sicherung nicht an, und gestattet § 23 insbesondere die Anfechtung der Pfandbestellung an andern als den vereinbarten Gegenständen [5]) oder zu einem anderen Zwecke [6]) oder für eine neue Forderung, welche durch Novation an die Stelle einer früheren Forderung trat und in Ansehung deren ein Anspruch auf Sicherstellung begründet war. [7]) Auch dann ist die Anfechtung zulässig, wenn der Gläubiger zwar zur Zeit der Sicherung einen Anspruch auf diese hatte, der Anspruch aber nach dem für die Anfechtung maassgebenden Zeitpunkte eingeräumt wurde, die Einräumung sonach selbst anfechtbar ist. Ob der Anspruch auf die Sicherung, auf Vertrag oder auf Richterspruch beruht, ist unerheblich. Auch in dem letzteren Fall ist die Anfechtung ausgeschlossen. [8]) Dasselbe gilt, soweit das Gesetz die Verpflichtung zur Sicherstellung auferlegt. [9]) Der Berufung auf Art. 29 W.-O., der nach § 3 E.-G. nicht durch die K.-O. beseitigt worden ist (Bem. II. 3 S. 121 a. E.), kann nicht ent-

[1]) Cosack S. 198; Dernburg Bd. 2 S. 342; Menzel S. 197 Anm. 22; v. Völderndorff Bd. 1 S. 334; Willenbücher S. 52, der auch ausländisches Geld als zulässiges Zahlungsmittel ansieht; v. Wilmowski S. 135 Nr. 8.

[2]) Dernburg Bd. 2 S. 342; Korn S. 132; Willenbücher S. 52; v. Wilmowski S. 135 Nr. 8; R.-G. (IV.) 28. Jan. 1882 und (II.) 13. Okt. 1885, Gruchot Bd. 26 S. 1188, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 254, Bolze Bd. 2 Nr. 568. A. M. Cosack S. 198; Grützmann S. 185; Menzel S. 197 Anm. 22. Frohwann S. 28 macht grundsätzlich die Entscheidung davon abhängig, ob das in Frage stehende Papier im Verkehr als Geldersatzmittel benutzt wird.

[3]) v. Sarwey S. 164 Nr. 4; R.-G. (II.) 8. Jan. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 74.

[4]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 334.

[5]) R.-G. (III.) 24. Febr. 1882, Seuffert, Arch Bd. 38 S. 42.

[6]) R.-G. (V.) 5. Nov. 1884, 6. März 1886, (VI.) 24. Febr. 1887, Bolze Bd. 1 Nr. 552, Bd. 2 Nr. 580, Bd. 4 Nr. 366.

[7]) R.-G. (V.) 12. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 163.

[8]) O.-L.-G. Köln 20. April 1887, Puchelts Z. Bd. 18 S. 237 und R.-G. (II.) 29. April 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 365, bez. der Urteilshypothek des rhein. Rechts.

[9]) A. M. v. Kräwel in Buschs Z. Bd. 6 S. 190, 191, der nur vertragsmässige Ansprüche gelten lassen will.

gegengehalten werden, der Gläubiger habe auf die Sicherung keinen Anspruch gehabt; die Anfechtung lässt sich vielmehr nur auf § 23 Z. 1 stützen. [1]) Art. 29 der W.-O. gewährt keinen Anspruch auf eine bestimmte Art von Sicherstellung. [2]) Auf Richterspruch kann übrigens ein Anspruch auf Sicherung nur insoweit gestützt werden, als besondere Vorschriften des bürgerlichen Rechtes dies zulassen. Der vollstreckbare Titel als solcher gewährt einen derartigen Anspruch nicht. Auch die durch Vollstreckung erlangte Sicherung ist der Anfechtung unterworfen[3]), und zwar gleichviel ob dieser Titel vor dem für die Anfechtung maassgebenden Zeitpunkte oder erst später erlangt worden ist. [4]) Aus § 13 Abs. 3 des Anf.-Ges. kann das Gegenteil deshalb nicht abgeleitet werden, weil diese Vorschrift sich auf den besonderen Fall eines auf Rückgewähr lautenden Urteils bezieht, daraus sonach kein argumentum a contrario für die Frage im allgemeinen entnommen werden darf. [5]) Durch den Vollstreckungstitel wird an sich, soweit damit nicht der Anspruch auf eine Urteilshypothek verknüpft ist, nur die Leistungspflicht und die Befugnis zur Zwangsvollstreckung festgestellt, nicht ein Anspruch auf Sicherung geschaffen. Die Vollstreckungspfändung setzt überhaupt einen civilrechtlichen Anspruch auf Pfändung nicht voraus. Das in § 709 C.-P.-O. vorgesehene Pfandrecht wird aber erst durch die Pfändung selbst begründet, unterliegt also der Anfechtung, da der Gläubiger eine solche Sicherung nicht zu beanspruchen hatte. Die Befriedigung, welche der pfändende Gläubiger durch die Pfändung unmittelbar oder mittelbar insbesondere durch die Versteigerung und etwaige Zuweisung des Erlöses erlangte, wird durch die Anfechtung der Sicherung (des Pfandrechtes) nicht anfechtbar. Das Recht, die Zwangsvollstreckung durchzuführen, ist nicht durch das Pfändungspfandrecht bedingt, besteht vielmehr auch da, wo ein solches in der Gesetzgebung fehlt. Deshalb entzieht die Anfechtbarkeit dieses Pfandrechtes dem Gläubiger nicht die Befugnis, sich auf dem Wege der Versteigerung (§ 716) Befriedigung zu verschaffen. Auf diese Befriedigung hat der Gläubiger nicht bloss im allgemeinen, sondern auch der Art nach einen rechtlichen Anspruch.[6]) Soweit der Gläubiger das Pfandrecht gar nicht braucht, ist dessen Anfechtbarkeit gegenstandlos. Ist das Pfandrecht dagegen unanfechtbar, so erhält der Gläubiger im Versteigerungserlös jedenfalls in unanfechtbarer Weise, was er auf Grund des Vollstreckungstitels nach dem bürgerlichen Rechte zu beanspruchen hat.[7]) Ebenso ist eine freiwillige anspruchsgemässe Zahlung nicht deshalb aus § 23 Z. 2 anfechtbar, weil eine anfechtbare Pfändung vorausging. [8]) Die innerhalb der zehntägigen Frist erfolgte Pfändung

[1]) Korn S. 130; Rehbein, Wechselordnung Art. 29 Nr. 5 S. 47; v. Sarwey S. 162; R.-G. (III.) 25. Nov. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 380. A. M. v. Kräwel in Buschs Z. Bd. 6 S. 190, 191.

[2]) R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Bolze Bd. 7 Nr. 293.

[3]) Cosack S. 202 ff. und 209 ff.; Dernburg § 128 Anm. 15; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 39; Endemann S. 247; Korn S. 133 ff.; v. Mandry S. 470 § 50 Anm. 22; Stieglitz S. 136; v. Völderndorff Bd. 1 S. 332 lit. n. und S. 337; Willenbücher S. 52; v. Wilmowski S. 133, 136; R.-G. (II.) 17. März 1882, (III.) 13. Juni 1882, verein. Civils. 6. Dez. 1883, (II.) 23. März 1888, (I.) 7. Nov. 1888 Entsch. Bd. 7 S. 37, Bd. 8 S. 111, Bd. 10 S. 33, Jur. Woch. 1888 S. 178, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 379, Jur. Woch. 1889 S. 109; bayer. ob. Landesg. 13. Okt. 1885, Samml. Bd. 11 S. 221 u. Seuffert. Arch. Bd. 42 S. 127 ff. A. M. Harburger S. 392; Hartzfeld S. 672; Mügel in Gruchot Bd. 33 S. 61 ff

[4]) Cosack S. 204; v. Wilmowski S. 137; R.-G. (II.) 17. März 1882 und (V.) 19. April 1882 a. a. O. A. M.: Grützmann S. 187; Otto S. 90; Hullmann S. 143 Nr. 13.

[5]) A. M. Mügel in Gruchot Bd. 33 S. 61 ff.

[6]) R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. 7 S. 36; Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 15; Francke in Buschs Z. Bd. 9 S. 476; Hassenpflug in Gruchot Bd. 32 S. 81 ff.; Mügel in Gruchot Bd. 33 S. 61 ff. A. M. Endemann S. 248; Kessler in Buschs Z. Bd. 8 S. 329 ff.; Korn S. 134; v. Wilmowski S. 137; R.-G. (V.) 18. Nov. 1882, (II.) 8. Juni 1883, (I.) 15. Nov. 1884, (V.) 8. Juli 1885, (VI.) 9. Dez. 1886, (I.) 7. Nov. 1888, (III.) 14. Mai 1889, Gruchot Bd. 28 S. 270, Entsch. Bd. 9 S. 101, Bd. 14 S. 81, Bd. 17 S. 26, Bolze Bd. 1 Nr. 542, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 379 ff. u. Jur. Woch. 1889 S. 109, Entsch. Bd. 23 S. 112 ff.; O.-L.-G. Oldenburg 17. März 1886, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 246.

[7]) R.-G. (VI.) 9. Dez. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 26.

[8]) R.-G. (VI.) 23. März 1891, Jur. Woch. S. 250.

von barem Geld unterliegt der Anfechtung nach § 23 Z. 2 in keinem Falle, da eine solche Pfändung nach § 716 C.-P.-O. dem Gläubiger unmittelbare Befriedigung gewährt und er diese zu beanspruchen hatte.[1]) Diese Pfändung kann gleichfalls nur nach § 23 Z. 1 angefochten werden, was die Annahme bestätigt, dass die Anfechtbarkeit des Pfändungspfandrechtes der Pfändung im übrigen ihre Wirkungen nicht entzieht. Gewährt selbst der vollstreckbare Titel keinen Anspruch auf Sicherung, so muss natürlich auch die auf Grund einer Arrestverfügung erfolgte Pfändung der Anfechtung unterliegen. Daraus, dass die Voraussetzungen zu einer Arrestanlage vorhanden sind, folgt noch nicht, dass dem Gläubiger ein rechtlicher Anspruch auf Sicherung im Sinne des Gesetzes zusteht, d. h. dass der Schuldner verpflichtet ist, eine besondere Sicherung zu gewähren.[2]) Was von der Sicherstellung durch Verpfändung gilt, findet auch da Anwendung, wo die Sicherung in der Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes besteht. Auch diese Sicherung unterliegt der Anfechtung, sofern sie in der kritischen Zeit erfolgt ist. Bezüglich der in den Mot. (S. 128) bejahten Frage, ob auch ein nach den Art. 313 und 315 H.-G.-B. erworbenes Pfandrecht der Anfechtung unterliegt, kommt es auf die thatsächlichen Verhältnisse an. Hat der Gläubiger erst innerhalb der kritischen Zeit den Besitz der zurückgehaltenen Sachen erworben und beruht der Besitzerwerb nicht auf einem vor dieser Zeit erworbenen Anspruch, so ist die Anfechtung begründet, [3]) ebenso wenn der Besitz unter Voraussetzungen erworben worden ist, welche unter § 23 Z. 1 Satz 2 fallen. Dagegen ist die Anfechtung nicht gerechtfertigt, wenn der Besitzerwerb vor der kritischen Zeit liegt, die Forderung aber während dieser Zeit erworben wurde. In diesem Falle hat der Anfechtungsgegner zugleich mit der Forderung den Anspruch auf Zurückbehaltung erworben. Es wurde sonach nicht einem K.-Gl. Sicherung eingeräumt. Ausserdem gewährte der Bezitz an den Sachen dem späteren Gläubiger schon den (bedingten) Anspruch, diese als Deckung für etwaige später entstehende Forderungen zu benutzen. Es kann hier nur die Anfechtung der Forderung, nicht die der Sicherung in Frage kommen. [4]) Wie der Anfechtungsgegner die Forderung erworben hat, insbesondere ob dessen Absicht auf deren Erwerb gerichtet war oder sie ihm in anderer Weise zufiel, ist gleichgültig. [5]) Damit die Sicherung als anfechtbar erscheint, wird stets vorausgesetzt, dass derjenige, welcher die Sicherheit empfing, Gläubiger war. Der Anfechtung unterliegt sonach nicht die für künftig entstehende Forderungen gewährte Sicherheit, z. B. die Kredithypothek, welche für eine aus einem Kontokurrentverhältnisse zu erwartende Verbindlichkeit bestellt worden ist. Es kann allerdings auch in einer und derselben Urkunde zuerst die Begründung einer Forderung, z. B. die Hingabe eines Darlehens, und dann die dafür gewährte Sicherung festgestellt werden, derart, dass die Forderung zuerst entstanden und dann dafür Sicherheit bestellt worden ist. Auch in einem solchen Falle wird aber die Anfechtung nach Z. 2 in der Regel ausgeschlossen sein, weil die Sicherung Bedingung des Darlehens oder des gewährten Kredits war, sonach gleichzeitig mit der Forderung ein Anspruch auf Sicherung entstanden ist (Mot. S. 129, 130). [6])

[1]) v. Wilmowski S. 139 Nr. 9 III.; R.-G. (V.) 19. April 1882, (III.) 9. und 11. Dez. 1883, Gruchot Bd. 26 S. 835, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 124 ff., Jur. Woch. 1884 S. 49, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 255; O.-L.-G. Hamburg in der Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) 1884 S. 224.

[2]) Korn S. 133 ff.; Menzel S. 201, 202 u. die Kommentare; R.-G. (V.) 2. Juni 1880 und (II.) 7. Dez. 1880, (II.) 25. Febr. und 13. Mai 1881, (III.) 20. Jan. 1882, (V.) 14. Okt. 1885, (II.) 19. Nov. 1885, Entsch. Bd. 2 S. 374, Bd. 3 S. 395, Bd. 4 S. 435, Bd. 6 S. 367, Bolze Bd. 2 Nr. 571 und 576. A. M.: Hartzfeld S. 672, Hellmann in Krit. V. J. Schr. Bd. 27 S. 102; Grützmann S. 188.

[3]) Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 176; Menzel 200; Stieglitz S. 138; v. Wilmowski S. 136, 137 Nr. 9.

[4]) Krasnopolski a. a. O. S. 174, 175; ferner R.-G. (I.) 17. März 1882, Entsch. Bd. 9 S. 44 ff., bes. S. 50.

[5]) A. M. Krasnopolski a. a. O. S. 175, 177.

[6]) Cosack S. 213; Grützmann S. 187; Korn S. 129; Otto S. 83 und die Kommentare.

§ 24.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners
 - mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,
 - mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder
 - mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

 sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.

(E. § 24; M S. 130 ff.; K. S. 22 ff.; pr. K.-O. § 103 Nr. 1 u. 2, § 102 Nr. 3.)

Absicht S. 129 ff.
Ausstattung S. 138, 139.
Benachteiligung S. 132 ff.
Beweis S. 132.
Ehe S. 139.
Eid S. 132.
Entgeltlichkeit S. 137 ff.
Erfüllung S. 134 ff.
Frist S. 137.
Kenntnis S. 129 ff.
Unehel. Kinder S. 139 a. E.
Unentgeltlichkeit S. 138.
Vermächtnisse S. 139.
Vertrag S. 137 ff.
Vertreter S. 136, 140.
Verwandte S. 139.
Wechselbegebung S. 139.
Zahlungen S. 134 ff.

I. Betrügliche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im allgemeinen. (Z. 1.)

1. Allgemeine Bemerkungen.

Während die Anfechtung auf Grund des § 23 die K.-E. zur notwendigen Voraussetzung hat, handelt § 24 von einem Anfechtungsgrunde, der auch ausserhalb des Kv. Platz greifen kann, nämlich von der absichtlichen Benachteiligung durch Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. In Z. 1 werden die betrüglichen Rechtshandlungen desselben für anfechtbar erklärt. Dieser Vorschrift liegt die Auffassung zu Grund, dass das Verhalten des Gemeinschuldners wie das des Anfechtungsgegners mit Rücksicht auf die Benachteiligungsabsicht und die Kenntnis derselben als ein bewusst rechtswidriges anzusehen sei. Die Anfechtungsklage kann sonach im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung erhoben werden (Bem. III. 1 und IV. 4 zu § 22). Soweit nicht die Verjährung des Anfechtungsanspruches eingetreten ist, kommt es hier nicht auf die Zeit an, zu welcher die angefochtenen Rechtshandlungen vorgenommen wurden; die Anfechtung kann sich sonach auf sehr weit zurückliegende Rechtshandlungen erstrecken. Dass die Rechtshandlung eine Benachteiligung herbeigeführt hat, wird auch hier vorausgesetzt, weil sonst die Anfechtung gegenstandlos wäre (v. Bem. II. 1 zu § 22 und Bem. I. 4). Die unter § 23 fallenden

Handlungen können zugleich den in § 24 vorausgesetzten Thatbestand enthalten und nach diesem § anfechtbar sein. Ist die anzufechtende Handlung, z. B. eine Zahlung, zwar in einem Zeitpunkte vorgenommen, welcher die Anfechtung nach § 23 rechtfertigt, sind aber die übrigen dort vorgesehenen Voraussetzungen nicht vorhanden oder nicht zu beweisen, so kann der K.-V. die Anfechtung sonach auf § 24 Z. 1 stützen. Daraus, dass in § 23 ein besonderer Thatbestand für die Anfechtung aufgestellt wurde, wobei eine besondere Regelung der Beweislast und die Erleichterung des Beweises durch Zerlegung der Unterscheidungsmerkmale in leicht erkennbare Thatsachen mit in Betracht kam, kann nicht gefolgert werden, dass die Anfechtung nach § 24 ausgeschlossen sein soll, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 23 ganz oder teilweise vorliegen. [1]) Entgeltliche Verfügungen sind sowohl aus Z. 1 als aus Z. 2 anfechtbar. [2])

2. *Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.*

Das Wort „Rechtshandlungen", das hier dieselbe Bedeutung hat, wie in § 22, wurde gewählt, weil nicht bloss Rechtsgeschäfte durch § 24 getroffen werden sollen, und trifft überall zu, wo die Vornahme der Handlung die Begründung, den Untergang oder die Veränderung eines Rechtes zur Folge hat (v. Bem. I. 1 zu § 22 S. 95 und Bem. I. 4). Es wird hier immer eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vorausgesetzt. Diese kann jedoch auch in einer Unterlassung oder in einem passiven Verhalten des Gemeinschuldners bestehen, gleichviel ob dasselbe in gerichtlichem oder in aussergerichtlichem Verkehr erfolgt (§ 22 Bem. I. 3). Auch das passive Verhalten gegenüber einem Arrestantrag kann als Rechtshandlung angesehen werden. [3]) Die Anfechtung muss sich in allen Fällen, auch wenn es sich darum handelt, die Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung für die K.-Gl. zu beseitigen, gegen die Rechtshandlung des Gemeinschuldners, z. B. gegen dessen Anerkenntnis, Geständnis oder Versäumnis, richten. Die Entscheidung selbst kann nur durch die in der C.-P.-O. vorgesehenen Rechtsmittel angegriffen werden (v. auch M. S. 132 und K. S. 23, § 28 Bem. 1 a. E).

3. *Absicht der Benachteiligung der Gläubiger und Kenntnis derselben.*

a) Auf Seite des Gemeinschuldners wird die Absicht vorausgesetzt, „seine Gläubiger" (nicht die K.-Gl.) zu benachteiligen. Diese Absicht muss aber nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger gerichtet sein; es genügt vielmehr, wenn einzelne Gläubiger benachteiligt werden sollten. [4]) Ob die Personen, gegen welche sich die Benachteiligungsabsicht richtete, zur Zeit der Rechtshandlung schon Gläubiger waren oder es erst später wurden, ist unerheblich; der Ausdruck „seine Gläubiger" in Z. 1 bedeutet dasselbe, wie „die Gläubiger" in Z. 2 (Bem. II. 1 zu § 22 S. 100 Anm. 4). [5]) Noch weniger kommt es darauf an, ob

[1]) Hartzfeld S. 671; v. Kräwel in Buschs Z. Bd. 5 S. 348; Otto S. 24 u. 83; Stieglitz S. 147; v. Völderndorff Bd. 1 S. 343 Anm. 16 u. S. 349; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 124. A. M. Eck in Goldschmidts Z. Bd. 31 S. 496, 497.

[2]) R.-G. (II.) 15. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 433.

[3]) R.-G. (III.) 20. Jan. 1882 und (IV.) 8. Febr. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 482, Gruchot Bd. 30 S. 869; O.-L.-G. Zweibrücken 13. April 1885, Puchelts Z. Bd. 17 S. 71 ff.

[4]) Eck in Goldschmidts Z. Bd. 31 S. 496; Menzel S. 149; v. Wilmowski S. 141; R.-G. (II.) 19. Nov. 1885, Jur. Woch. 1886 S. 14, Bolze Bd. 2 Nr. 589. A. M. Cosack S. 80, 82, 114.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 332 § 132 Anm. 8; Hartmann S. 83; Jäckel S. 68 Anm. 4; Korn S. 85, 145; Meisner S. 466; Rocholl Bd. 1 S. 470 Anm. 41; Steinbach S. 24, 25; v. Völderndorff Bd. 1 S. 347; Willenbücher S. 55; R.-G. (I.) 26. Okt. 1881, 5. Mai 1885 u. 19. Febr. 1886, (VI.) 3. Mai 1888 u. 1. Mai 1890, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. 4 S. 104 u. 5 S. 291, Entsch. Bd. 13 S. 166, Bolze Bd. 2 Nr. 588, Bd. 6 Nr. 268, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 29. A. M. Kranichfeld S. 23, 26.

die Forderung des in Frage stehenden Gläubigers zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung schon fällig war.[1]) Ein besonderer Beweis dafür, dass die Benachteiligungsabsicht auch gegen einen Gläubiger gerichtet war, dessen Forderung später entstanden ist, braucht nicht geführt zu werden.[2]) Die Benachteiligungsabsicht wird nicht vermutet, sondern ist vom K.-V. zu beweisen[3]) Der Gegenbeweis darf dem Anfechtungsgegner nicht abgeschnitten werden.[4]) Unter Absicht ist hier die Richtung des Willens auf einen bestimmten Erfolg zu verstehen. Die angefochtene Benachteiligung muss gewollt sein. Selbst eine ganz grobe Fahrlässigkeit genügt nicht. Liegt eine solche vor, so hat der Gemeinschuldner die Benachteiligung nicht gewollt. Vielmehr hat diese darin ihren Grund, dass der Gemeinschuldner über deren notwendige und mögliche Folgen nicht nachgedacht oder sie doch nicht gehörig erwogen hat.[5]) Die Benachteiligung braucht aber nicht der Zweck der angefochtenen Handlung gewesen zu sein. Es genügt, dass diese mit dem Bewusstsein vorgenommen wurde, dass sie die Benachteiligung der Gläubiger notwendig oder doch nach menschlicher Berechnung mit aller Wahrscheinlichkeit zur Folge haben werde. Daraus, dass der Gemeinschuldner die benachteiligende Eigenschaft der Rechtshandlung kannte und sie dessenungeachtet vornahm, kann auf den Benachteiligungswillen geschlossen werden.[6]) Es genügt, dass die Benachteiligung für den Eintritt eines bestimmten Falles vorausgesehen und für diesen Fall gewollt wurde.[7]) Dass der Gemeinschuldner mit der angefochtenen Handlung noch einen andern Zweck, z. B. die Erfüllung einer Verbindlichkeit, verfolgte, schliesst die Benachteiligungsabsicht nicht aus.[8]) Die Anfechtung findet hiernach, sofern der Gemeinschuldner das Bewusstsein hatte, dass durch seine Handlung die Gläubiger benachteiligt würden, auch dann statt, wenn derselbe einer auf Gesetz oder einem andern Rechtsgrunde beruhenden Verpflichtung genügen[9]) oder die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger gewinnen wollte.[10]) Die Absicht, einen bestimmten Gläubiger zu begünstigen, wird in der Regel auch die Absicht in sich schliessen, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Doch ist dies nicht immer der Fall, denn die erwähnte Absicht kann auch darauf gerichtet sein, dass ein Gläubiger nur früher als die andern befriedigt werde. Es muss

[1]) R.-G. (VI.) 16. Juni 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 380.

[2]) A. M. R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Entsch. Bd. 13 S. 166. V. dag. Hartmann S. 83 ff. und Seligsohn in Buschs Z. Bd. 11 S. 145.

[3]) R.-G. (I.) 22. Mai 1885; (II.) 17. März 1885 und 30. Nov. 1886, Blum, Urt. u. Ann. Bd. 2 S. 372, Jur. Woch. 1885 S. 245; Entsch. Bd. 13 S. 298, Bolze Bd. 3 Nr. 384 u. Jur. Woch. 1887 S. 15.

[4]) R.-G. 17. März 1885 u. 30. Nov. 1886 a. a. O.

[5]) Cosack S. 80; Korn S. 87; Menzel S. 151. A. M. Dernburg Bd. 2 § 128 Anm. 4.

[6]) Cosack S. 77 ff.; Endemann S. 259, 261; Grützmann S. 121 ff.; Hartmann S. 76; Hartzfeld S. 482; Jäckel S. 67; Kohler S. 213; Krasnopolski S. 33, 34 und in Grünhut Bd. 15 S. 20; v. Mandry S. 467 § 50 Anm. 16; Menzel S. 146 ff., 150 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. 1 S. 340, 341; Willenbücher S. 54 lit. a; v. Wilmowski S. 140; R.-G. (II.) 20. Mai 1884 u. 10. Nov. 1885, (V.) 12. Dez. 1885, (II.) 30. Nov. 1886, (III.) 5. April 1887, (VI.) 10. Nov. u. 22. Dez. 1887, 1. Nov. 1888, (II.) 29. Jan. u. 1. Febr. 1889, (V.) 27. März 1889, (VI.) 5. Dez. 1889, Entsch. Bd. 11 S. 173, Bolze Bd. 2 Nr. 592, 593, Bd. 4 Nr. 361, Jur. Woch. 1887 S. 15; Gruchot Bd. 33 S. 127 ff., Jur. Woch. 1888 S. 70; Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 298, Jur. Woch. 1889 S. 109, 110, 209, Entsch. Bd. 23 S. 9 ff., bes. 13 ff. u. Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 289 ff.; Jur. Woch. 1890 S. 30; O.-L.-G Kiel 17. Dez. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 271 ff.; O.-L.-G. Jena 8. Mai 1884, Thür. Bl. Bd. 32 S. 76. A. M. Fuchs S. 49; Kranichfeld S. 21, 22; v. Sarwey S. 168 ff.; Stieglitz S. 148; Wengler S. 215; Willenbücher S. 54 Nr. 55 und anscheinend auch R.-G. (VI.) 26. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 200.

[7]) R.-G. (V.) 6. Juli 1889, Entsch. Bd. 24 S. 14 ff. bes. 19 ff.

[8]) R.-G. (I.) 29. Jan. 1890, Entsch. Bd. 26 S. 3.

[9]) R.-G. (III.) 1. März 1881, (VI.) 31. Mai u. 28. Okt. 1886, (III.) 10. Mai 1887, (VI.) 22. Dez. 1887, (III.) 27. März 1888, (IV.) 7. Febr. 1889, Entsch. Bd. 4 S. 28, Bd. 16 S. 27, Jur. Woch. 1886 S. 415 u. 1888 S. 70, Bolze Bd. 4 Nr. 375, Jur. Woch. 1888 S. 179; Bolze Bd. 7 Nr. 300; O.-L.-G. Kiel in Schl.-Holst. Anz. 1885 S. 118.

[10]) R.-G. (I.) 20. Juni 1883, Entsch. Bd. 10 S. 5.

mit ihr sonach nicht das Bewusstsein verbunden sein, die Handlung werde die übrigen Gläubiger, deren Befriedigung gleichfalls als möglich erscheint, benachteiligen. [1]) Dass der Gemeinschuldner die Möglichkeit gekannt hat, die angefochtene Handlung könne eine Benachteiligung der Gläubiger zur Folge haben, berechtigt für sich allein nicht zu dem Schlusse, er habe diese Benachteiligung (eventuell) gewollt. Der Gemeinschuldner kann auch von der Voraussetzung ausgegangen sein, diese Möglichkeit werde sich nicht verwirklichen, derart, dass er die Handlung unterlassen haben würde, wenn er angenommen hätte, der benachteiligende Erfolg werde eintreten. [2]) Die Absicht, eine Vermögensunzulänglichkeit herbeizuführen, oder doch die Befriedigung bestimmter Gläubiger überhaupt zu vereiteln, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt die Absicht, einem oder mehreren Gläubigern gewisse Befriedigungsmittel zu entziehen.[3]) Die Benachteiligungsabsicht muss zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung vorhanden gewesen sein. Bedarf ein Vertrag der nachträglichen Genehmigung, so muss diese Absicht sowohl bei dem Vertragsabschluss als bei der Genehmigung vorliegen. [4]) Trotz des Bewusstseins schon vorhandener Vermögensunzulänglichkeit kann der Schuldner, welcher bewegliche Sachen veräussert und mit dem Erlöse einzelne Gläubiger befriedigt hat, in redlicher Absicht handeln, z. B. wenn er von der Überzeugung ausgeht, dadurch den Konkurs vermeiden und später alle Gläubiger befriedigen zu können. [5]) Die blosse Hoffnung, dass dem Schuldner durch die Veräusserung aufgeholfen werden könne, schliesst aber die Benachteiligungsabsicht nicht aus. [6]) Die Absicht fehlt, wenn die Vertragsschliessenden nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge annehmen mussten, dass die Schädigung nicht eintreten werde. [7]) Wenn bei der Hypothekbestellung für eine alte Schuld die Hypothek zugleich auf eine neue erst in diesem Zeitpunkte begründete Schuld ausgedehnt wird, so ist die Hypothekbestellung trotzdem als ein einheitliches Geschäft zu behandeln und dessen Anfechtbarkeit ohne Rücksicht auf den verschiedenen Zeitpunkt der Entstehung der gesicherten Forderungen zu beurteilen. [8]) Es genügt zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht des Schuldners, dass dieser für den eingetretenen, wenn auch nur eventuell gewollten, Fall die Absicht gehabt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. [9]) Hatte für den (geisteskranken) Gemeinschuldner ein Vertreter gehandelt, der allein mit der Geschäftsführung betraut war, so kommt es lediglich darauf an, ob dieser Vertreter die Benachteiligungsabsicht hatte. [10])

b) Auf Seite des Anfechtungsgegners wird Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners, nicht aber die Absicht gefordert, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen. Das „Kennenmüssen“ steht der wirklichen Kenntnis nur in dem Sinne gleich, dass angenommen wird, der Anfechtungsgegner habe bei dem gegebenen Verhältnisse notwendig von der Absicht Kenntnis haben müssen, sie also wirklich gekannt; nicht aber darf

[1]) R.-G. (II.) 20. Mai 1884 und (V.) 24. Okt. 1885, (VI.) 10. Nov. 1887, (II.) 1. Febr. 1889, Entsch. Bd. 11 S. 173, Bolze Bd. 2 Nr. 591, Bd. 5 Nr. 333, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 289. A. M. Cosack S. 115; Menzel S. 158, 159.

[2]) Cosack in Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 569; Eccius Bd. 1 S. 779 § 114 Anm. 41; Fitting § 16 Anm. 2; Hartmann S. 76, 77; v. Mandry S. 467 § 50 Anm. 16; Menzel S. 147, 148; v. Völderndorff Bd. 1 S. 345 Anm. 19; Willenbücher S. 54; v. Wilmowski S. 140; R.-G. (II.) 20. Mai 1884, Entsch. Bd. 11 S. 173. A. M.: Korn S. 84 ff.

[3]) R.-G. (III.) 4. April 1882, Gruchot Bd. 27 S. 157; bayer. ob. Landesg. 20. März 1886, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 285 ff.

[4]) R.-G. (III.) 1. März 1881 und (I.) 4. Febr. 1885, Entsch. Bd. 6 S. 28, Bolze Bd. 1 Nr. 534.

[5]) R.-G. (III.) 23. März 1887, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 7 S. 40, 41.

[6]) R.-G. (V.) 22. Dez. 1888, Bolze Bd. 7 Nr. 284.

[7]) R.-G. (II.) 29. Jan. 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 289.

[8]) R.-G. (VI.) 2. Juli 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 299.

[9]) R.-G. (V.) 6. Juli 1889, Entsch. Bd. 24 S. 14.

[10]) R.-G. (VI.) 17. Febr. 1890, Bolze Bd. 9 Nr. 169.

das Kennenmüssen so verstanden werden, dass der Anfechtungsgegner bei gehöriger Sorgfalt Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht erlangt haben würde. [1]) Die Kenntnis des Anfechtungsgegners muss, wenn es sich um einen Vertrag handelt, wie die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhanden sein, [2]) bei andern Rechtshandlungen aber in dem Zeitpunkt des Erwerbes. [3]) Hat der Gemeinschuldner die Benachteiligungsabsicht erst nach dem Vertragsabschluss gefasst, so kann sie natürlich dem Anfechtungsgegner zur Zeit desselben nicht bekannt gewesen sein. [4]) Für die Handlung von Stellvertretern und Mitberechtigten gelten dieselben Grundsätze, wie bei der Anfechtung nach § 23 (v. Bem. I. 3 zu diesem §). [5]) Wenn die Hypothek in Erfüllung einer Verpflichtung bestellt wurde, ist für die Anfechtbarkeit der Zeitpunkt der Begründung dieser Verbindlichkeit, nicht die Zeit der Hypothekbestellung maassgebend. [6])

c. Die Beweislast trifft hinsichtlich der Benachteiligungsabsicht den K.-V., welcher diese zur Begründung seiner Klage behaupten muss. [7]) Die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners kann nicht durch den Eid des Anfechtungsgegners festgestellt werden. Eine solche Eideszuschiebung über die bei einer anderen Person bestehende Absicht würde nicht eine Thatsache im Sinne des § 410 der C.-P.-O. zum Gegenstand haben, sondern dem Anfechtungsgegner, der diese Absicht nicht direkt wahrnehmen kann, ein Urteil zumuten, welches dem Richter zusteht. Gegenstand der Wahrnehmung ist nicht die Absicht des Gemeinschuldners, sind vielmehr nur die Thatsachen, aus denen sich diese ergiebt. Auch dadurch, dass dem Anfechtungsgegner der Eid über die Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners zugeschoben wird, kann diese nicht festgestellt werden, denn aus der Annahme des Anfechtungsgegners, der Gemeinschuldner habe die Benachteiligungsabsicht gehabt, ergiebt sich die zunächst erforderliche selbständige Feststellung dieser Absicht nicht. [8]) Ist die Benachteiligungsabsicht in anderer Weise festgestellt, d. h. die Überzeugung des Gerichtes von deren Vorhandensein begründet, so kann dem Anfechtungsgegner dagegen der Eid darüber zugeschoben werden, ob er von der Absicht Kenntnis hatte. Bei dieser Kenntnis handelt es sich für ihn um einen Gegenstand eigener Wahrnehmung (Bem. I. zu § 23). [9])

4. Objektive Benachteiligung.

In § 24 Z. 1 wird zwar nicht ausdrücklich bestimmt, dass eine Benachteiligung der K.-Gl. die Voraussetzung der Anfechtbarkeit bilde. Aber diese Voraussetzung ergiebt sich von selbst aus der Natur und dem Zwecke der Anfechtung, durch welche solche Gegenstände, die „aus dem Vermögen des Schuldners veräussert oder weggegeben oder aufgegeben worden sind", wieder zu diesem zurückgebracht werden sollen. Hat eine Ent-

[1]) Menzel S. 152.

[2]) Endemann S. 261; Korn S. 87; Kranichfeld S. 22 Nr. 8; Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 21; Menzel S. 152 und die Kommentare.

[3]) Kranichfeld a. a. O.; Krasnopolski a. a. O. S. 23; v. Sarwey S. 170; R.-G. (VI.) 9. Juli 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 271. A. M. Menzel a. a. O., der auch hier nur den Zeitpunkt der Rechtshandlung für erheblich hält.

[4]) R.-G. (VI.) 30. Sept. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 259.

[5]) Hartmann S. 103 ff., Kohler S. 222 und R.-G. (III.) 10. Juli 1885, Bolze Bd. 2 Nr. 587.

[6]) R.-G. (V.) 16. März 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 302.

[7]) R.-G. (I.) 29. Jan. 1890, Entsch. Bd. 26 S. 1 ff., bes. 2 u. 5.

[8]) Brettner in Gruchot Bd. 28 S. 728 ff.; Korn S. 89; Rocholl Bd. 1 S. 155; R.-G. (I.) 12. Nov. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 365. A. M. Hartmann S. 101; Jäckel § 6 Anm. 11; Nessel in Gruchot Bd. 28 S. 152; v. Wilmowski S. 141, 142; R.-G. (V.) 24. Okt. 1885, (III.) 23. März 1887, Entsch. Bd. 15 S. 368, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 7 S. 40, 41.

[9]) V. die in der vor. Anm. angef. Schriftsteller, ferner Kleinfeller, Thatsacheneid S. 303 und in Buschs Z. B. 16 S. 256; Otto S. 191; R.-G. (III.) 4. Febr. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 430.

ziehung von Befriedigungsmitteln überhaupt nicht stattgefunden, so kann von einer Rückgewähr nicht die Rede sein. Das blosse Vorhandensein einer Benachteiligungsabsicht, durch welche die Rechte der Gläubiger, weil sie keinerlei Erfolg hat, nicht beeinträchtigt werden, kann die Anfechtung nicht rechtfertigen.[1]) An der erwähnten Voraussetzung fehlt es beispielsweise, wenn die veräusserten Vermögensgegenstände mit Pfandrechten belastet sind und nur die Pfandforderung decken[2]) oder wenn die in Frage stehenden Gegenstände nur verborgen, nicht aber Rechte daran begründet wurden.[3]) Hiernach wird ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Benachteiligung vorausgesetzt.[4]) Es genügt aber, dass die Rechtshandlung zur Herbeiführung des benachteiligenden Erfolges beigetragen hat. Ob die Benachteiligung auch auf anderem Wege durch eine unanfechtbare Handlung hätte herbeigeführt werden können, ist unerheblich.[5]) Auch kommt es hier, wo die Benachteiligung nicht, wie in § 23 Z. 1, „durch die Eingehung" eines Rechtsgeschäftes verursacht worden sein muss, nicht auf die Angemessenheit des Entgelts an. Die Benachteiligung ist vielmehr schon dann gegeben, wenn ein Vermögensbestandteil vom Gemeinschuldner veräussert oder weggegeben worden, ein Entgelt dafür aber in der Masse nicht vorhanden ist.[6]) Eine Bereicherung des Anfechtungsgegners durch die angefochtene Rechtshandlung ist nicht erforderlich. Der Anfechtung kann z. B. ein Mietvertrag unterliegen, der abgeschlossen wurde, damit der Vermieter durch Geltendmachung seines Pfandrechtes oder Zurückbehaltungsrechtes die Befriedigung der übrigen Gläubiger verhindern könne. Ob eine Benachteiligung vorliegt, ist überhaupt nicht vom Standpunkt des Gemeinschuldners, sondern von demjenigen der Gläubiger zu beurteilen.[7]) Die Anfechtung wird deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anfechtungsgegner die Tilgung bestimmter Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners übernahm und diese Verpflichtung erfüllte. Wenn auch durch einen solchen Vertrag der Stand des Vermögens im allgemeinen nicht verändert wurde, so können dadurch doch einzelnen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen worden sein. War dies die Absicht des Gemeinschuldners und kannte sie der Anfechtungsgegner, so ist der Thatbestand des § 24 Z. 1 gegeben.

Eine Benachteiligung der Gläubiger liegt unter allen Umständen vor, wenn durch die angefochtene Handlung die Masse verringert wird, bezw. die zu ihr gehörigen Gegenstände belastet werden (Bem. II. 2 zu § 23). Eine solche Benachteiligung ist auch in der Veräusserung einer bedingten Forderung enthalten,[8]) ebenso in der Ein-

[1]) Brettner in Jur. Woch. 1883 S. 214; Cosack S. 59 ff.; Dernburg Bd. 2 S. 339; Endemann S. 250; Fitting § 15 S. 136; Kohler S. 214; Petersen in Buschs Z. Bd. 10 S. 35 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 302; v. Wilmowski S. 117 ff.; R.-G. (II.) 30. Okt. 1885 und (VI.) 18. Mai 1887, Jur. Woch. 1885 S. 355, Gruchot Bd. 31 S. 1119 ff.; ferner die in der folgenden Anm. angeführten Urteile des R.-G. A. M.: R.-G. (I.) 12. Nov. 1884 und 4. Febr. 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 534.

[2]) R.-G. (II.) 17. März 1885, (III.) 26. Jan. 1886, (VI.) 27. Sept. u. 28. Okt. 1886, (II.) 30. Nov. 1886, (I.) 27. Okt. 1887, (II.) 10. Juli 1888, (VI.) 21. März 1889, Entsch. Bd. 15 S. 62 ff., bes. 65, Jur. Woch. 1886 S. 317, 1887 S. 475, Bolze Bd. 1 Nr. 546, Bd. 3 Nr. 375, 378, 384, Entsch. Bd. 21 S. 95 ff., bes. S. 99; Jur. Woch. 1889 S. 208. A. M.: O.-L.-G. Augsburg, 14. Juni 1888 Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 169.

[3]) O.-L.-G. Kiel 16. Okt. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 23.

[4]) R.-G. (V.) 24. Juni 1882, Gruchot Bd. 27 S. 162.

[5]) R.-G. (I.) 20. Juni 1883, Entsch. Bd. 10 S. 5 ff.

[6]) R.-G. (I.) 19. Mai u. 20. Juni 1883, (III.) 5. April 1887, Jur. Woch. 1883 S. 227, Entsch. Bd. 10 S. 8; Bolze Bd. 4 Nr. 364; O.-L.-G. Celle 4. Juni 1880 u. O.-L.-G. Braunschw. 12. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 36 S. 126, Bd. 38 S. 143; O.-L.-G. Jena in Thür. Bl. Bd. 31 S. 341; Brettner in Jur. Woch. 1883 S. 214.

[7]) R.-G. (III.) 4. April 1882, (I.) 20. Mai 1883, (II.) 17. März u. 19. Nov. 1885, Gruchot Bd. 27 S. 157, Entsch. Bd. 10 S. 8, Bd. 13 S. 301, Jur. Woch. 1886 S. 14 und Bolze Bd. 2 Nr. 573; Brettner a. a. O. S. 215.

[8]) R.-G. (V.) 24. Mai 1884, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 407.

räumung eines Pfandrechtes,[1]) selbst wenn ein Anspruch auf Sicherstellung der Forderung bestand (Bem. I. 5),[2]) endlich in der Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes bezw. in der Verschaffung von Gelegenheit zur Ausübung eines solchen Rechtes.[3]) Auch wenn die Sicherstellung auf dem Wege der Klage oder Zwangsvollstreckung erreicht wurde, ist die Anfechtung nach § 24 Z. 1 begründet, sofern sich die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners, welche auch in Verbindung mit einem passiven Verhalten desselben vorkommen kann, nachweisen lässt.[4]) Eine Benachteiligung liegt jedoch nicht vor, wenn das veräusserte Anwesen zum vollen Werte mit Hypotheken belastet war. Durch die Veräusserung eines solchen Gegenstandes wurde die Befriedigungsmasse nicht verringert.[5]) Die Benachteiligung kann auch in der Verzögerung der Befriedigung eines Gläubigers bestehen.[6]) Es genügt, dass die Absicht des Gemeinschuldners überhaupt auf eine Benachteiligung der Gläubiger gerichtet war.[7]) Da die Benachteiligung eine allgemeine Voraussetzung der Anfechtung ist (Bem. II. 1 zu § 22), muss der K.-V., wenn sich dieselbe nicht ohne weiteres aus der Beschaffenheit der angefochtenen Handlung ergiebt, nachweisen, dass eine solche Benachteiligung durch diese herbeigeführt worden ist.[8]) Weil das Gesetz hier die Benachteiligungsabsicht voraussetzt, bedurfte es nicht einer besonderen Hervorhebung, dass die Benachteiligung in ursächlichem Zusammenhang mit der Rechtshandlung selbst und der dieser zu Grund liegenden Absicht stehen müsse. Der Nachweis, dass das vorhandene Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger ausreiche, der während des Kv. nicht leicht geführt werden kann, genügt nicht, um die Anfechtung zu beseitigen, da weder die K.-E. noch die Begründung des Anfechtungsanspruches eine Unzulänglichkeit des Vermögens voraussetzt, auch die Benachteiligung in der Entziehung bestimmter Befriedigungsmittel und der dadurch herbeigeführten Verzögerung der Befriedigung bestehen kann. Die erfolgreiche Anfechtung kann ja unter Umständen die sofortige Befriedigung aller Gläubiger durch die flüssig gemachten Mittel und die Aufhebung des Kv. ermöglichen.[9])

5. *Die Anfechtung der Erfüllung einer Verbindlichkeit insbesondere von Zahlungen.*

Leistungen, welche die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezwecken, insbesondere Zahlungen sind unzweifelhaft Rechtshandlungen und unterliegen deshalb an sich der Anfechtung nach § 24 Z. 1. Bei Zahlung einer nicht fälligen Schuld kann die Möglichkeit einer Benachteiligungsabsicht nicht in Abrede gestellt werden,[10]) ebenso dann nicht, wenn der Fälligkeitstermin auf einen früheren Zeitpunkt verlegt worden ist.[11]) In beiden Fällen

[1]) Hartmann S. 95; Jäckel S. 81; Otto S. 83, 84; v. Sarwey S. 169; Stieglitz S. 146; R.-G. (V.) 24. Mai 1884, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 407; bayer. ob. Landesg. 20. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 40 ff.

[2]) R.-G. (VI.) 31. Mai u. 28. Okt. 1886, (VI.) 22. Dez. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 27, Bolze Bd. 3 Nr. 371, Jur. Woch. 1888 S. 70; v. dageg. Cosack S. 115; Korn S. 141 ff.; Menzel S. 158, 159.

[3]) Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 171.

[4]) Hartmann S. 99; Menzel S. 159 Nr. 6.

[5]) R.-G. (VI.) 21. März 1890, Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 164.

[6]) Krasnopolski a. a. O. S. 24; R.-G. (I. H.-S.) 10. Febr. 1880 u. (V). 20. Dez. 1884, Gruchot Bd. 24 S. 1066, Bolze Bd. 1 Nr. 539. A. M. anscheinend Menzel S. 149.

[7]) V. Cosack S. 144.

[8]) A. M. Endemann S. 258, 261; v. Völderndorff Bd. 1 S. 345; v. Wilmowski S. 143 Nr. 2.

[9]) V. hiezu v. Völderndorff Bd. 1 S. 342 Anm. 11, aber auch S. 302 Anm. 13.

[10]) Cosack S. 115; Hartmann S. 88; Jäckel S. 78; Krasnopolski S. 37 und in Grünhut Bd. 15 S. 30; Korn S. 145; Menzel S. 158; Otto S. 83; Steinbach S. 30; O.-L.-G. Hamburg in der Hans. Gerichtsz. 1882 (Beibl.) S. 96.

[11]) O. L.-G. Hamburg 7. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 413.

ergreift die Anfechtung die ganze verfrühte Leistung (v. Bem. III. 2 zu § 23). Ebenso kann die Anfechtung nach § 24 Z. 1 begründet sein, wenn es sich um Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit handelt (Bem. III. 2 zu § 23)[1]) oder die Befriedigung durch Hingabe an Zahlungsstatt erfolgte.[2]) Steht die Zahlung einer fälligen Schuld oder die Erfüllung einer anderen fälligen Verbindlichkeit in Frage, so ist deren Anfechtbarkeit ebenfalls begründet, wenn die erfüllte Verbindlichkeit selbst der Anfechtung unterliegt, denn auf dem Wege der Anfechtung sollen gerade die Wirkungen der anfechtbaren Handlungen durch die Verpflichtung zur Rückgewähr beseitigt werden.[3]) Dagegen besteht darüber ein ernstlicher Streit, ob auch die Erfüllung von unanfechtbaren fälligen Verbindlichkeiten angefochten werden könne oder ob hier die Anfechtung unbedingt ausgeschlossen sei. In den Mot. (S. 131) wurde in dieser Beziehung bemerkt: „Bei geschuldeten Leistungen wird allerdings der Regel nach der Satz gelten: nullam videri fraudem facere, qui suum recipit; sie kann aber von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Übereinkunft begleitet und deshalb anfechtbar sein." Dieser Auffassung, deren Begründung allerdings nicht befriedigt, ist im Ergebnis beizutreten. Thatsächlich wird zwar bei Zahlungen und anderen Erfüllungshandlungen, welche nicht schon unter die Vorschriften des § 23 fallen, die Absicht der Benachteiligung bei dem Gemeinschuldner nicht leicht anzunehmen sein, wenn er lediglich dasjenige geleistet hat, wozu er gerichtlich angehalten werden konnte. Aber unmöglich ist es nicht, dass diese Absicht, welche in den gegebenen Vermögensverhältnissen begründet sein kann, besteht, indem z. B. der Gemeinschuldner einen bestimmten Gläubiger nur deshalb befriedigt, um einem andern den Zugriff auf bestimmte Befriedigungsmittel zu entziehen (Bem. I. 3a S. 131 Anm. 3). Ist aber diese Absicht vorhanden und hat der Anfechtungsgegner davon Kenntnis gehabt, so liegt kein Grund vor, die Anwendung des § 24 Z. 1 auszuschliessen. Man darf nicht einwenden, dass derjenige, welcher nur annehme, was er zu fordern habe, nicht rechtswidrig gehandelt habe und deshalb nicht zur Rückgewähr verpflichtet sein könne, denn das Gesetz verlangt auf Seite des Anfechtungsgegners nur, dass er von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis gehabt habe. Mit Rücksicht auf diese Kenntnis wird das Verhalten des Anfechtungsgegners als ein rechtswidriges, nämlich als Teilnahme an einer unerlaubten Handlung, angesehen und behandelt (Bem. III. 1 zu § 22). Nimmt man an, die auf Benachteiligung der Gläubiger gerichtete Absicht und die Kenntnis derselben genüge nicht, um die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte zu bezeichnen, so würde daraus nur folgen, dass es sich auch bei § 24 Z. 1 nicht um ein Delikt oder Quasidelikt handelt. Bei dieser Annahme fehlt aber erst recht jeder Grund, die Zahlung einer fälligen Schuld unter allen Umständen der Anfechtung zu entziehen. Auch nach § 23 Z. 1 kann ja derjenige zur Rückgewähr angehalten werden, der nur erhielt, was er an sich rechtlich zu beanspruchen hatte. Ebensowenig darf man sich für die entgegengesetzte Auffassung auf § 27 K.-O. berufen, welcher Wechselzahlungen gegen die Anfechtung aus § 23 Z. 1 schützt. Es muss vielmehr, da § 27 nur die Anfechtung aus § 23 Z. 1 erwähnt, angenommen werden, dass die in der Absicht der Benachteiligung erfolgten Wechselzahlungen nach dem Willen des Gesetzes nicht gegen die Anfechtung geschützt, sondern wie andere Zahlungen behandelt werden sollen. Wollte man aber auch annehmen, bei der Abfassung des § 27 sei

[1]) Cosack S. 115; Jäckel S. 83; Otto S. 83. A. M. Korn S. 145.

[2]) Jäckel S. 79; Kohler S. 219; Krasnopolski S. 37 und in Grünhut Bd. 15 S. 32; Otto S. 83; Rocholl Bd. 1 S. 447; v. Sarwey S. 169; Stieglitz S. 146; v. Völderndorff Bd. 1 S. 343; R.-G. (III.) 14 Febr. und 4. April 1882, (V.) 24. Juni 1882 u. 6. Dez. 1884, (II.) 8. Juni 1883, 17. März 1885 und 30. Nov. 1886, Entsch. Bd. 6 S. 44, Bd. 9 S. 102, Bd. 13 S. 298, Gruchot Bd. 27 S. 157 u. 1139, Jur. Woch. 1885 S. 28, Bolze Bd. 1 Nr. 546; bayer. ob. Landesg. 20. März 1886, Samml. Bd. 11 S. 370 ff., Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 285 ff.; O.-L.-G. Kiel 17. Dez. 1883, ebendas. Bd. 39 S. 271; O.-L.-G. Stuttgart 25. Febr. 1887, Württ. Jahrb. Bd. 1 S. 38. A. M. Cosack S. 115 u. Korn S. 141 ff.

[3]) V. die ausführl. Begründung bei Rocholl Bd. 1 S. 457 ff., 468 ff.; ferner Jäckel S. 71.

die Auffassung maassgebend gewesen, nach § 24 könne die Anfechtung von Zahlungen einer fälligen Schuld thatsächlich nicht vorkommen, so würde dies an der Sachlage nichts ändern. [1])

II. Entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten oder seinen nahen Verwandten. (§ 24 Z. 2.)

1) Der Z. 2 des § liegt die auf Erfahrungen beruhende Annahme zu Grund, dass die Verträge, welche der Gemeinschuldner kurze Zeit vor der K.-E. mit seinem Ehegatten oder einem nahen Verwandten abgeschlossen hat, häufig, ja regelmässig in der Absicht eingegangen werden, diesen Personen auf Kosten der Gläubiger etwas zuzuwenden oder doch den letztern die ihnen gebührende Befriedigung zu entziehen. Deshalb wurde die Anfechtung derartiger Verträge in ähnlicher Weise wie in § 23 Z. 2 erleichtert. Der K.-V. braucht hiernach, wenn die Voraussetzungen der Z. 2 vorliegen, nur den Beweis zu führen, dass die Gläubiger durch den Abschluss des Vertrages benachteiligt worden sind. Dagegen muss er weder die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners, noch die Kenntnis derselben seitens des Ehegatten oder Verwandten beweisen. Der Anfechtungsgegner aber kann die Anfechtung dadurch beseitigen, dass er nachweist, es sei ihm eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt gewesen. Dieser Beweis kann natürlich auch mittelbar durch den Nachweis erbracht werden, eine solche Benachteiligungsabsicht habe überhaupt nicht bestanden; denn wenn die Absicht selbst fehlte, ist es ausgeschlossen, dass der Anfechtungsgegner von derselben Kenntnis gehabt habe. Der dem Anfechtungsgegner obliegende Beweis kann (nach 410 C.-P.-O.) nicht durch Eideszuschiebung an den K.-V. erbracht werden, da die Unkenntnis sich nicht dazu eignet. Gegenstand von dessen Wahrnehmung zu sein (v. Bem. I. 3c S. 132). [2]) Hat auf Seite des Erwerbers ein Stellvertreter gehandelt, so muss der Anfechtungsgegner nachweisen, dass weder er noch der Vertreter von der Benachteiligungsabsicht Kenntnis hatte; dass dagegen der K.-V., wenn der Anfechtungsgegner seine Unkenntnis bewiesen hat, die Kenntnis des Vertreters beweisen müsse, ist mit den Grundsätzen über die Stellvertretung nicht zu vereinbaren. Die dem Gesetz zu Grund liegende Vermutung ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner zu der Handlung im Prozessweg hätte angehalten werden können. [3]) Der gute Glaube des Gemeinschuldners und des Anfechtungsgegners kann auch in einem Irrtum über die Wirksamkeit der Pfändung seinen Grund haben. [4]) Ist eine offene Handelsgesellschaft Anfechtungsgegner und stehen nicht alle Ge-

[1]) Endemann S. 259; Fitting § 16 Anm. 3; Hartmann S. 91; Hartzfeld S. 505, 506, 508; Jäckel S. 78, 79, 84; Kohler S. 219; Kranichfeld S. 23; Otto S. 70; Rocholl Bd. 1 S. 456 ff.; v. Sarwey S. 169; Steinbach S. 29; Stieglitz S. 148; v. Völderndorff Bd. 1 S. 343; Wengler S. 217; Willenbücher S. 54; v. Wilmowski S. 142; R.-G. (V.) 24. Juni 1882, 5. Nov. 1884 und 8. Juli 1885, (II.) 13. Febr. 1886, (VI.) 31. Mai 1886, (II.) 6. Juli 1886, (VI.) 28. Okt. 1886, (IV.) 28. März 1887, (VI.) 24. Nov. und 22. Dez. 1887, 15. März 1888, (III.) 23. u. 27. März 1888, (II.) 1. Febr. 1889, (VI.) 15. Mai 1891, Entsch. Bd. 16 S. 27 u. 61; Gruchot Bd. 27 S. 160, Bd. 29 S. 1039, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 39, Jur. Woch. 1885 S. 71, 1886 S. 415, rhein. Arch. Bd. 77 III. S. 99, Bolze Bd. 2 Nr. 567, Bd. 3 Nr. 371, Bd. 4 Nr. 359, Bd. 5 Nr. 336, 337, 347, Jur Woch. 1888 S. 167, 179; Entsch. Bd. 20 S. 180 ff., Bd. 23 S. 9 ff., Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 289, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 137 ff., Jur. Woch. 1891 S. 353, O.-L.-G. Hamburg 16. Mai 1882; Hans. Gerichtsz. 1882 (Beibl.) S. 96; O.-L.-G. München 3. Nov. 1888, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 165 ff., bes. 166. A. M.: Cosack S. 114 ff., 130 ff.; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 41; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 29 S. 302, Bd. 31 S. 496, 497; Grützmann S. 129; Jäckel S. 71 ff.; Krasnopolski S. 37, 38 und in Grünhut Bd. 15 S. 29; Menzel S. 153 ff.; bayer. ob. Landesg. 29. Jan. 1883, Samml. Bd. 9 S. 11; O.-L.-G. Stuttgart 30. Dez. 1880, württ. Arch. Bd. 22 S. 373 ff., 380.

[2]) Brettner in Gruchot Bd. 28 S. 728; Jäckel S. 95; Korn S. 91. A. M. v. Wilmowski S. 144 Nr. 5 u. S. 141, 142.

[3]) R.-G. (VI.) 13. Juni 1887, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 7 S. 51.

[4]) R.-G. (II.) 4. Dez. 1888, Bolze Bd. 7 Nr. 280.

sellschaftsmitglieder in dem von § 24 Z. 2 vorausgesetzten Verwandtschaftsverhältnisse zum Gemeinschuldner, so gilt die Vermutung der Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht nicht gegenüber den dem Gemeinschuldner fremden Mitgliedern.[1])

Die Benachteiligung muss ebenso wie nach § 23 Z. 1 Satz 1 „durch den Abschluss des Vertrages" herbeigeführt worden sein (M. S. 132). Von der Reichstagskommission wurden die Worte „durch den Abschluss" beigefügt. Auch hier treffen die auf diese Benachteiligung bezüglichen früheren Bemerkungen (Bem. II. 2 zu § 23) zu, nach welchen es nicht genügt, dass der benachteiligende Erfolg durch besondere, dem Abschluss nachgefolgte, Umstände herbeigeführt wurde.[2]) Der Unterschied, der in den Z. 1 und 2 bezüglich der Bezeichnung der Gläubiger gemacht wurde („seine" und „die"), ist bedeutungslos. Die Redaktionskommission hat allerdings in Z. 2 das Wort „die" gesetzt, um die Anfechtbarkeit auch für den Fall klarzustellen, in welchem die Forderung des geschädigten Gläubigers erst nach dem Vertragsabschluss entstanden ist. Diese Auslegung ist aber nach Z. 1 ebenfalls möglich.[3])

Die Frist von einem Jahre, von der K.-E. rückwärts gerechnet, innerhalb dessen der fragliche Vertrag abgeschlossen worden sein muss, wenn die Anfechtung begründet sein soll, ist nicht als eine prozessualische Frist zu betrachten; deshalb sind bezüglich der Berechnung derselben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes maassgebend (v. Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. S. 94). Die Behauptung, dass die angefochtene Handlung innerhalb der gesetzlichen Frist vorgenommen worden sei, gehört zur Begründung der Anfechtungsklage und muss daher im Bestreitungsfalle vom K.-V. bewiesen werden.[4]) Dass die Auflassung eines Grundstückes oder die Übergabe einer beweglichen Sache innerhalb der Jahresfrist erfolgte, genügt, um die Anfechtung zu begründen, wenn lediglich der dingliche Vertrag den Gegenstand der Anfechtung bildet. Erst durch die Auflassung oder Übergabe, d. h. mit der Vollendung des Veräusserungsgeschäftes ist in diesen Fällen die anfechtbare Handlung zur Entstehung gelangt (v. Bem. II. 2 zu § 23).[5]) Die nach § 24 Z. 2 anfechtbare Handlung ist als eine unerlaubte im Sinne des § 32 C.-P.-O. nicht anzusehen, weil eine Rechtsvermutung, kraft deren die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners bis zum Beweis des Gegenteils als erwiesen angesehen werden soll, im Gesetz nicht enthalten ist, vielmehr der Anfechtungsgegner nur dadurch, dass er seine Unkenntnis beweist, die Anfechtung beseitigen kann. Das gesetzgeberische Motiv, dass in den vorgesehenen Fällen meistens eine Benachteiligungsabsicht vorliege, rechtfertigt noch nicht die Annahme, diese habe auch in jedem einzelnen Falle wirklich vorgelegen und sei dem Anfechtungsgegner bekannt gewesen. Auch folgt daraus, dass dieser den Beweis der Unkenntnis nicht führen kann, nicht mit Sicherheit die wirkliche Kenntnis von einer Benachteiligungsabsicht. Selbst wenn dem Vertrag in Wirklichkeit eine (versteckte) unentgeltliche Verfügung zu Grund liegt, was häufig der Fall sein wird, braucht der Anfechtungsgegner noch nicht in bösem Glauben zu sein. Die Sache kann vielmehr ebenso liegen wie nach § 25 Z. 1 u. 2 (v. Bem. III. 1 zu § 22 und Bem. I. 2 zu § 23).

2) Das Gesetz spricht nur von „entgeltlichen Verträgen", nicht von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, weil einseitige Handlungen, bei denen eine Gegenleistung nicht erfolgt, als unentgeltliche Verfügungen ohnedies durch § 25 betroffen werden. Es wird übrigens nicht vorausgesetzt, dass der Vertrag eine Veräusserungshandlung ist. Der

[1]) O.-L.-G. Jena 3. Juli 1890, Thür. Bl. Bd. 37 S. 250.

[2]) Die obige Beschränkung ist anscheinend übersehen von Willenbücher S. 55 lit. b. V. dag. Brettner in Jur. Woch. 1883 S. 214 ff.; Cosack S. 119; Dernburg Bd. 2 S. 345; Endemann S. 264; Grützmann S. 142; Hartmann S. 111; Jäckel S. 105, 106; Korn S. 190; Kranichfeld S. 25 Nr. 17; Menzel S. 164; v. Wilmowski S. 144 Nr. 4; R.-G. (II.) 13. März 1885, Entsch. Bd. 13 S. 41.

[3]) Hartmann S. 84; v. Völderndorff Bd. 1 S. 346, 347, Willenbücher S. 55 Anm. A. M. Kranichfeld S. 26.

[4]) A. M. Harries in Thür. Bl. Bd. 37 S. 295 ff.

[5]) So das R.-G. (VI.) 13. Jan. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 357.

Ausdruck wurde vielmehr gewählt, weil die bisher üblichen Bezeichnungen „Veräusserung unter lästigem Titel“ oder „entgeltliche Veräusserung“ zu Zweifeln Veranlassung gegeben hatten (M. S. 132, 133). Entgeltliche Verträge sind alle zweiseitigen Verträge, welche nicht als unentgeltliche Verfügungen anzusehen sind. Ob der äusseren Erscheinung nach ein Vertrag vorliegt, ist nicht entscheidend. Vielmehr fallen unter § 24 Z. 2 alle auf dem übereinstimmenden gegenseitigen Willen der Parteien beruhenden Rechtshandlungen.[1] Andererseits ist, wenn der Form nach ein entgeltlicher Vertrag vorliegt, die Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Verdacht besteht, es sei darin eine unentgeltliche Verfügung versteckt (Bem. I. 1 zu § 22). Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung ist weiter als derjenige der Freigebigkeit. Eine Verfügung der ersteren Art setzt aber nicht voraus, dass für beide Vertragschliessende Unentgeltlichkeit vorliegt. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Gegenleistung eingeklagt werden kann. Eine Bürgschaft ist dann nicht als unentgeltliche Verfügung anzusehen, wenn sie geleistet wurde, um den eigenen Kredit zu erhalten oder damit von der anderen Seite Kredit gewährt werde.[2] Insbesondere gehören hierher: Erbteilungsverträge,[3] Pacht- und Mietverträge, Vereinbarungen über Hingabe an Zahlungsstatt,[4] Pfand- und Hypothekbestellungen,[5] Erteilungen von vollstreckbaren Urkunden[6] und Vereinbarungen über Prozessführung.[7] Bei der Teilung und bei Auseinandersetzung eines Gesellschaftsvermögens richtet sich die Anfechtung nicht gegen die Vornahme der Teilung an sich, sondern gegen einzelne Rechtshandlungen, durch welche diese zum Vollzug gelangt ist, also gegen die Art und Weise, in welcher die Teilung erfolgte und gegen das Ergebnis der Auseinandersetzung.[8] Eine Zahlung für sich allein ist nicht als Vertrag anzusehen, ebensowenig die bezüglich der Zahlung ausgestellte Quittung.[9] Dagegen bildet die Vereinbarung, dass eine Zahlung erfolgen und angenommen werden, dadurch aber der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit werden soll, einen entgeltlichen Vertrag. Die **Ausstattung** ist nur dann als eine entgeltliche Verfügung anzusehen, wenn sie von einer hiezu verpflichteten Person gegeben wird, welche sich durch die Gewährung von einer, sei es auch nur natürlichen Verbindlichkeit befreit.[10] Soweit eine Ver-

[1]) Brettner in Jur. Woch. 1883 S. 215; R.-G. (II.) 23. Feb. 1886 und (VI.) 15 Mai 1891, ebendas. 1886 S. 117, 1891, S. 353.

[2]) R.-G. (I.) 22. Dez. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 68, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 115, Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 245.

[3]) Endemann § 43 Anm. 3; v. Wilmowski S. 143; R.-G. (II.) 13. Juli u. 13. Nov. 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 276, 277, Jur. Woch. 1888, S. 383, 1889 S. 20, Puchelts Z. Bd. 19 S. 620. A. M. nur Cosack S. 130, 131 Z. 4 u. 5 infolge seiner Annahme, dass eine Benachteiligung sämtlicher Gläubiger vorliegen müsse.

[4]) R.-G. (II.) 15. Okt. 1889, Bolze Bd. 8 S. 250.

[5]) R.-G. (III.) 24. Febr. 1882, (I.) 7. Okt. 1882, (II.) 9. Febr. 1883, Entsch. Bd. 6 S. 85, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 382, Jur. Woch. 1883 S. 113, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 178, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 353; bayer. ob. Landesg. 20. März 1883, Samml. Bd. 10 S. 44 u. Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 407; O.-L.-G. Zweibrücken 13. April 1885, Puchelts Z. Bd. 17 S. 69 ff. bes. 77.

[6]) R.-G. (II.) 8. Juni 1883, Entsch. Bd. 9 S. 100.

[7]) Cosack S. 128; Menzel S. 162; R.-G. (II.) 23. Febr. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 117; O.-L.-G. Zweibrücken in Puchelts Z. Bd. 17 S. 67 ff., bes. 73. A. M. O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 I. S. 139.

[8]) R.-G. (II.) 19. Dez. 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 238; O.-L.-G. Karlsruhe, bad. Ann. Bd. 55 S. 321 ff.; O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 105 ff. Puchelts Z. Bd. 22 S. 145.

[9]) R.-G. (VI.) 2. Juni 1886 und (II.) 13. Febr. 1886, (III.) 2. Dez. 1887 und 10. Jan. 1888, Bolze Bd. 5 Nr. 343, Bolze Bd. 3 Nr. 373, rhein. Arch. Bd. 77 III. S. 99. A. M. Brettner in Jur. Woch. 1883, S. 215; Cosack S. 130.

[10]) Cosack S. 139, 150 ff.; Hartmann S. 109; Jäckel S. 122; Korn S. 51, 52; Kranichfeld S. 31; v. Sarwey S. 180; Stieglitz S. 155; v. Wilmowski S. 146; R.-G. (III.) 2. Dez. 1887 u. 10. Jan. 1888 a. a. O.; (III.) 8. Okt. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 258. Das Urteil vom 10. Jan. 1888 ist auch in d. Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 109 ff. mitgeteilt.

bindlichkeit hiezu nicht besteht, liegt eine unentgeltliche Verfügung vor, die nicht nach § 24, sondern nach § 25 zu beurteilen ist.[1]) Die Verbindlichkeit wird jedoch nicht dadurch aufgehoben, dass einer Klage auf Erfüllung durch Berufung auf das beneficium competentiae entgegnet werden könnte; denn dieses begründet keine Befreiung von der Schuld, sondern schiebt nur deren Fälligkeit hinaus. Würde man die Erfüllung einer noch nicht fälligen Verbindlichkeit aus § 24 Z. 2 für anfechtbar erklären, so entstände ein Widerspruch zwischen dieser Bestimmung und derjenigen des § 23 Z. 2, insofern dort eine zehntägige, hier eine einjährige Frist gesetzt ist, während die Begünstigungs- und die Benachteiligungsabsicht häufig zusammen treffen.[2]) Die Annahme eines an lästige Bedingungen geknüpften Vermächtnisses, bei welcher es sich um zwei von einander unabhängige einseitige Erklärungen handelt, kann nicht als entgeltlicher Vertrag betrachtet werden.[3]) Die Begebung und Annahme eines Wechsels fällt dagegen unter den Begriff des Vertrags. Die erstere enthält aber auch eine Benachteiligung der K.-Gl., sofern sich nicht aus dem ihr zu Grund liegenden Rechtsgeschäft etwas anderes ergiebt. Letzteres muss der Anfechtungsgegner nachweisen (Bem. II. 2 zu § 23 S. 119, 120).

3) In der Ziehung des Kreises der zu den nahen Verwandten gehörigen Personen folgt die K.-O. der pr. K.-O. § 102 No. 3 und der bayer. Pr.-O. § 1223 Nr. 4 (M. S. 132). Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

a. Soweit es sich um einen Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten handelt, genügt es, dass die Ehe zur Zeit der Anfechtung besteht. Es ist sonach nicht erforderlich, dass diese schon zur Zeit des Vertrages abgeschlossen war. Ja es ist nicht einmal notwendig, dass zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits die Thatsache der Verlobung bestand, oder beabsichtigt war („vor oder während der Ehe").[4]) Verträge zwischen geschiedenen Ehegatten sind durch § 24 nicht betroffen. Wohl aber kann ein Vertrag, den der Gemeinschuldner in der Jahresfrist mit seinem damaligen Ehegatten („während der Ehe") geschlossen hat, angefochten werden, wenn auch die Ehe später geschieden wurde. Die Bestimmung, dass die Anfechtung auch dann eintritt, wenn der Vertrag vor Eingehung der Ehe abgeschlossen wurde, gilt nach der bestimmten Fassung des § nur für die Verträge unter den künftigen Ehegatten, nicht für solche zwischen dem Gemeinschuldner und dem künftigen Ehegatten eines seiner nahen Verwandten oder mit den Verwandten seines künftigen Ehegatten.[5]) Auch bei dem Vertrag mit Verwandten des Ehegatten wird übrigens vorausgesetzt, dass der letztere zur Zeit der Rechtshandlung noch gelebt hat. Verträge mit Verwandten des gewesenen Ehegatten unterliegen der Anfechtung nicht. In dieser Beziehung wurde die Anfechtbarkeit schon im preussischen Rechte beseitigt.[6])

b. Da das Gesetz nur von Verwandten, nicht von Blutsverwandten oder ehelichen Verwandten spricht, ist die Anfechtung auch dann gerechtfertigt, wenn die Verwandtschaft durch Annahme an Kindesstatt begründet wurde oder es sich um einen Vertrag mit einem unehelichen Kind oder Bruder u. s. w. handelt, sofern nur nach dem bürgerlichen Rechte

[1]) O.-L.-G. Karlsruhe 20. Okt. 1882 u. R.-G. (II.) 13. April 1883, bad. Ann. Bd. 49 S. 89, 295, Puchelts Z. Bd. 15 S. 47. A. M. Cosack S. 120 Anm. 3; Grützmann S. 139 unten.

[2]) R.-G. (III.) 2. Dez. 1887 und 10. Jan. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 281, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 109 ff.

[3]) A. M. Cosack S. 131 Nr. 5.

[4]) Cosack S. 121 lit. a.; Endemann S. 263; Jäckel S. 111; Kohler S. 224; v. Sarwey S. 176.

[5]) Cosack S. 125; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 42; Hartmann S. 114; Jäckel S. 111, Kranichfeld S. 27; v. Sarwey S. 176; Stieglitz S. 152; v. Völderndorff Bd. 1 S. 352, 354; Willenbücher S. 56; v. Wilmowski S. 144; R.-G. (I.) 7. Okt. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 382; O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 I. S. 139.

[6]) Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 42; Hartmann S. 114, Meves S. 38; Otto S. 198; v. Wilmowski S. 143, 144; R.-G. 7. Okt. 1882, Juristenzeit. Bd. 8 S. 98, Jur. Woch. 1882 S. 261. A. M.: Jäckel S. 112; v. Völderndorff Bd. 1 S. 353.

ein Verwandtschaftsverhältnis besteht.[1]) Ein blosses Pflegeverhältnis kann dagegen die Anfechtung nicht begründen.[2])

c. Handelt auf der einen Seite ein freiwillig bestellter oder notwendiger Vertreter, so entscheidet doch nur das Verhältnis zwischen den Vertragschliessenden selbst; es kommt sonach nur die zwischen den letzteren bestehende Verwandtschaft in Betracht.[3]) Soweit der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erblassers oder des Erben ist, findet auf Verträge, welche er über den Nachlass oder über das Vermögen der Erben geschlossen hat, § 24 Z. 2 keine Anwendung.[4])

§ 25.

Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraumes von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

(E. § 25; M. S. 133 ff.; K. S 23 ff.; pr. K.-O. §§ 102 Nr. 2 und 103 Nr. 3–5.)

Anerkenntnisse S. 143, 147.
Benachteiligung S. 142.
Bereicherung S. 142.
Freiwilligkeit S. 142.
Gelegenheitsgeschenke S. 141, 144, 145.
Gemischte Geschäfte S. 143.
Heiratsgut, Begriff S. 145.
Leibrenten S. 144.
Morgengabe S. 144.
negotiorum gestio S. 142.
Quittungen S. 147.
Rückgewähr d. Heiratsguts S. 145 ff.
— — an Rechtsnachfolger S. 147.
Schenkung von Todes wegen S. 142.
— unter Ehegatten S. 145.
Sicherstellung d. Heiratsguts S. 145.
Unentgeltlichkeit S. 141 ff.
Vermögensstand S. 141.
Versicherungsverträge S. 144.
Verzicht S. 143.
Wechselbegebung S. 143.
Zeit der Verfügung S. 145.

[1]) Endemann § 43 Anm. 36; Hartmann S. 113; Jäckel S. 113; Kohler S. 224; Kranichfeld S. 27; v. Sarwey S. 176; Stieglitz S. 151; v. Völderndorff Bd. 1 S. 352 Z. II.; Willenbücher S. 56 Nr. 6; v. Wilmowski S. 144. V. dag. Cosack S. 122.

[2]) Cosack S. 122; Endemann S. 263; Kranichfeld S. 27 Nr. 20; v. Völderndorff Bd. 1 S. 352 Nr. II. A. M. Dernburg Bd. 2 § 129 Anm. 4, welcher in dieser Beziehung das Landesrecht entscheiden lässt.

[3]) Cosack S. 132, 133; v. Wilmowski S. 144.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 17. April 1883, Hans. Gerichtsz. 1883 (Beibl.) S. 253.

I. Allgemeiner Grundsatz. (Z. 1.)

1) In Beziehung auf freigebige Verfügungen des Gemeinschuldners geht § 25 K.-O. von anderen als den bisher dargelegten Grundsätzen aus. Das Gesetz erklärt die innerhalb eines gewissen Zeitraums erfolgten freigebigen Verfügungen ohne Rücksicht auf die Absicht des Gemeinschuldners oder auf dessen Vermögensverhältnisse zur Zeit der Verfügung für anfechtbar. Durch unentgeltliche Verfügungen werden den Gläubigern immer Befriedigungsmittel entzogen, ohne dass eine entsprechende Gegenleistung in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt. Wer aber einen Vorteil unentgeltlich erworben hat oder erwerben will, soll Gläubigern weichen, deren Befriedigung durch die unentgeltliche Verfügung vereitelt oder doch beeinträchtigt wird. Ebensowenig wie die Benachteiligungsabsicht kommt bei § 25 in Betracht, ob das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Verfügung zur Befriedigung der Gläubiger ausreichte und ob sich die Unzulänglichkeit äusserlich kund gab. Die Anfechtung wird vielmehr lediglich deshalb gestattet, weil nach der Verfügung Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist (M. S. 134, 135). Von diesem Grundsatze aus lässt § 25 Z. 1 die Anfechtung aller unentgeltlichen Verfügungen zu, welche der Gemeinschuldner im letzten Jahre vor der K.-E. (Bem. II. 1) vorgenommen hat. Erfolgte die Verfügung schon vor dieser Zeit, so kann sie immer noch nach § 24 Z. 1 angefochten werden, wenn die Voraussetzungen dieses § vorliegen. Es ist aber dann dem Beschenkten nachzuweisen, dass er von der Benachteiligungsabsicht des Gläubigers Kenntnis hatte. Auch können solche Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach welchen bei Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen dieser Beweis nicht erforderlich ist, nicht neben den Bestimmungen der K.-O. zur Anwendung kommen.[1]) Da die Anfechtung im Interesse der K.-Gl. ohne Rücksicht auf eine Benachteiligungsabsicht und auf die zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung bestehenden, nicht immer erkennbaren, Vermögensverhältnisse gestattet wurde, soll der redliche Erwerber nach Ablauf der einjährigen Frist gegen Angriffe gesichert sein (M. S. 135). Die Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung ist also, soweit das Verhältnis des § 25 zu § 24 in Betracht kommt, von Bedeutung für den vom K.-V. zu erbringenden Beweis. Ist die in Frage stehende Schenkung nichtig, so kann der K.-V. die Nichtigkeit an Stelle des Gemeinschuldners natürlich auch dann geltend machen, wenn § 25 nicht zutrifft (Bem. II. 1 zu § 5).[2])

2) Mit Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitgeschenke (Bem. 5), welche nicht dazu bestimmt sind, den Beschenkten zu bereichern, sondern nur, ihm ein Zeichen der Zuneigung zu geben, unterliegen alle unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners der Anfechtung nach § 25 Z. 1. Diese Vorschrift bezieht sich also im Gegensatz zu § 24 Z. 2 auf solche Verfügungen, bei denen der Gemeinschuldner kein vollständiges Entgelt für seine Leistung erhält. Auf die äussere Form kommt es nicht an. Eine Schenkung kann in die Form des Kaufvertrags u. s. w. gekleidet und umgekehrt ein als Schenkung bezeichneter Vertrag, z. B. die Übertragung eines Gutes vom Vater auf den Sohn gegen Übernahme gewisser Leistungen, als entgeltliches Geschäft anzusehen sein. Entscheidend ist, ob thatsächlich die Leistung des Gemeinschuldners ganz oder teilweise ohne Entgelt gewährt wurde und ob dessen Absicht auf eine solche Leistung ohne Entgelt gerichtet war. Ausserdem ist die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § ausgeschlossen, wenn für den Gemeinschuldner zur Vornahme der Verfügung eine rechtliche Verpflichtung bestand, wenn es sich z. B. um die Ausstattung eines Kindes handelt und die Eltern hiezu nach der bestehenden Gesetzgebung verpflichtet sind (v. Bem. II. 2 zu § 24 S. 138).

Der Begriff der „unentgeltlichen Verfügung" fällt nicht, wie in den Mot. (S. 135, 136) angenommen wurde, zusammen mit demjenigen der Schenkung im Sinne des bürger-

[1]) Vgl. Niebour in der Old. Z. 1891 S. 63

[2]) O.-L.-G. Dresden 1. Okt. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 8 S. 280 ff., Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 125 ff.

lichen Rechtes, sondern ist umfassender als dieser (Bem. II. 2 zu § 24).[1]) Die unentgeltliche Verfügung setzt nicht eine Bereicherung des Empfängers voraus. Die Zahlung einer fremden Schuld z. B. ist auch dem Gläubiger gegenüber als unentgeltliche Verfügung anzusehen, denn vonseite des Zahlenden, der nicht Schuldner ist, erhält der Gläubiger, was er von dieser Person nicht zu fordern hat und wofür er ihr kein Entgelt giebt.[2]) Sodann ist die Schenkung ein Vertrag, während die unentgeltliche Verfügung auch als einseitige Verfügung auftreten kann. So ist z. B. die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit niemals Schenkung, aber möglicherweise unentgeltliche Verfügung. Nicht bloss diejenige Verfügung ist unentgeltlich, bei welcher eine Gegenleistung überhaupt nicht vorgesehen ist[3]); sonst würden die Schenkungen unter einer Auflage, sowie die gegenseitigen und vergeltenden Schenkungen, welche unzweifelhaft unentgeltliche Verfügungen, wenn auch nicht rein unentgeltlich sind,[4]) als solche nicht gelten können. Ferner würde eine solche auch dann nicht vorliegen, wenn die Gegenleistung nur die zeitweise, regelmässig sich wiederholende, Anerkennung des fremden Rechtes an einer unentgeltlich geliehenen Sache bewirken soll. Eine unentgeltliche Verfügung setzt vielmehr nur voraus, dass der Leistung von der einen Seite nicht eine als vollständige Vergütung für diese Leistung bestimmte Gegenleistung gegenübersteht, welche deren Wert entspricht, oder doch nach dem Willen der Beteiligten entsprechen soll. Ob eine solche Verfügung vorliegt, ist nicht ausschliesslich nach dem Inhalt der Parteibehauptungen zu bemessen, weil die Parteien ein Interesse daran haben können, den wirklichen Sachverhalt zu verdecken. Aber es kommt auch nicht lediglich auf den objektiven Wert der geleisteten Sache an, welcher durch besondere Verhältnisse bestimmt werden oder auf irrtümlicher Schätzung beruhen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Sache nach dem Willen der Parteien eine vollständige Gegenleistung bilden sollte.[5]) Ein blosses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung macht aber eine Verfügung nicht zu einer unentgeltlichen. Erfolgte die angefochtene Leistung lediglich in der Absicht, einen Angehörigen des Gemeinschuldners von einer Strafe zu befreien, so hat dieser einen Entgelt im Sinne des § 25 nicht erhalten.[6])

Freiwilligkeit der Leistung ist nicht Voraussetzung der Unentgeltlichkeit. Auch wenn der Geber einem Dritten gegenüber zu der Leistung verpflichtet war oder der Empfänger sie von einem Dritten zu fordern hatte, bleibt die Zuwendung dem Empfänger gegenüber eine unentgeltliche.[7]) Eine solche Zuwendung liegt dagegen nicht vor, wenn der Geber dem Empfänger gegenüber zu der Leistung verpflichtet war, da in diesem Falle der Leistende in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit eine Gegenleistung von gleichem Wert erhält und das Vermögen des Empfängers um den Betrag der Forderung vermindert wird. Auch die unentgeltliche Verfügung kann übrigens nur dann angefochten werden, wenn sie eine Benachteiligung der Gläubiger enthält. Deshalb unterliegt der Anfechtung nicht die Schenkung von Todes wegen und die unentgeltliche Besorgung fremder Angelegenheiten. Die unent-

[1]) Cosack S. 133 ff.; Endemann § 44 Anm. 15 u. Text hiezu; Grützmann S. 190; Hartmann S. 120; Jäckel § 8 Anm. 5; Menzel S. 121; Otto S. 132; Steinbach S. 33 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 359; v. Wilmowski S. 145, Erläut. z. österr. Entw. eines Anf.-Ges. S. 33; R.-G. (II.) 27. Nov. 1883, Entsch. Bd. 10 S. 86 u. Puchelts Z. Bd. 16 S. 232. A. M. Fitting § 16 Anm. 10; Fuchs S. 52; v. Sarwey S. 178 ff.; Stieglitz S. 154.

[2]) R.-G. (II.) 27. Nov. 1883 a. a. O.

[3]) Cosack S. 134, 137 ff.; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 43; Hartmann S. 120; Menzel S. 124 lit. d.

[4]) Hartmann S. 124; v. Sarwey S. 180 Nr. 6.

[5]) Cosack S. 135 ff.; Krasnopolski S. 45; Menzel S. 122; v. Wilmowski S. 146.

[6]) R.-G. (III.) 24 Okt. 1890, bes. Beil. z. R.-Anz. 1891 S. 1 ff., Schl.-Holst. Anz. 1891 S. 135.

[7]) Cosack S. 139 ff. A. M. Menzel S. 123; v. Völderndorff Bd. 1 S. 358 Anm. 6; Willenbücher S. 57 Nr. 1.

geltliche Verfügung kann auch in der Form eines Verzichts auf einen Erwerb oder in Form einer Entsagung erfolgen und ist dann insoweit anfechtbar, als eine solche Entsagung überhaupt angefochten werden kann (Bem. I. 4 zu § 22).[1]) Sie kann ferner in der Bestellung oder Übertragung von Rechten, der Übernahme von Verpflichtungen, der Befreiung von einer Schuld bestehen, sich aber auch in einem gerichtlichen Anerkenntnis,[2]) sowie in dem Verzicht auf einen Anspruch, dem Nichterscheinen oder Nichtverhandeln vor Gericht, der Unterlassung einer Erklärung oder in einem Geständnis kundgeben. Die Ausstellung oder Verlängerung eines Wechsels kann für sich allein als unentgeltliche Verfügung nicht angesehen werden,[3]) weil sich aus dem Wechsel selbst nicht ergiebt, welches Verhältnis zu dessen Ausstellung führte. Soll in dieser Beziehung § 25 zur Anwendung kommen, so muss vielmehr auf das zu Grund liegende Rechtsverhältnis zurückgegangen werden. Dieser Fall ist hier deshalb anders zu beurteilen als bei § 23 und § 24 Z. 1 (Bem. II. 2 zu § 23 u. Bem. II. 2 a. E. zu § 24), weil der Wechsel selbst die Unentgeltlichkeit des Geschäfts nicht erkennen lässt. Die Beweislast trifft aber den K.-V., welcher die Unentgeltlichkeit behaupten muss, wenn er die Anfechtung auf § 25 stützen will.

3) Neben der reinen unentgeltlichen Verfügung kommen die gemischten Geschäfte in Betracht, bei denen zwar eine Gegenleistung vorliegt, diese aber dem Wert der Leistung nicht entspricht und nicht entsprechen soll. Solche Geschäfte, welche gleichzeitig eine entgeltliche und eine unentgeltliche Verfügung enthalten, unterliegen der Anfechtung nur insoweit, als es an einem Entgelt fehlt.[4]) Die Schenkung unter Auflage einer Leistung an eine dritte Person ist, sofern nicht der Schenkende durch die Erfüllung der Auflage von einer Verbindlichkeit gegen einen Dritten befreit wird, als eine rein unentgeltliche Verfügung anzusehen, da dem Schenker ein Entgelt aus dem Vermögen des Empfängers nicht gewährt wird.[5]) Dagegen liegt ein gemischtes Geschäft vor, wenn der Gegenstand der Auflage eine an den Schenkgeber zu bewirkende Leistung bildet, was insbesondere bei bäuerlichen Gutsübergaben häufig vorkommt.[6]) Ferner ist ein solches Geschäft gegeben, wenn ein Darlehen ohne Verzinsung oder gegen einen geringeren als den üblichen Zinsfuss gewährt oder eine Wohnung gegen einen unverhältnissmässig geringen Mietzins überlassen wurde. Doch trifft dies nur dann zu, wenn die Festsetzung des geringen Zinsfusses oder Mietzinses nicht in besonderen Verhältnissen ihren Grund hat und mit Rücksicht darauf ein entsprechendes Entgelt bilden soll, sondern wenn die Gewährung eines vollständigen Entgelts ausserhalb der Absicht der Vertragschliessenden liegt. Ausser den bereits oben erwähnten Fällen, in welchen zwischen Leistung und Gegenleistung nur ein objektives Missverhältnis besteht, das die Entgeltlichkeit nicht aufhebt, sind von den gemischten Geschäften auch die verdeckten Schenkungen zu unterscheiden. Ist die unentgeltliche Verfügung in die Form eines entgeltlichen Geschäfts gekleidet, so unterliegt dieses Geschäft, da der Sache nach eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, trotzdem der Anfechtung nach § 25 (Bem. I. 1 zu § 22 S. 96 Anm. 2). Nicht das vorgeschobene, nur zum Schein gewollte, Geschäft, sondern die darin versteckte Verfügung ist der Anfechtung unterworfen.

[1]) R.-G. (II.) 16. Okt. 1885, Puchelts Z. Bd. 16 S. 547; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1885, bad. Ann. Bd. 51 S. 373.

[2]) R.-G. (II.) 7. Juli 1885, Urt. u. Ann. Bd. 3 S. 278; Puchelts Z. Bd. 16 S. 380.

[3]) R.-G. (I.) 3. Febr. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 386; Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 6 S. 4.

[4]) Vgl. Endemann S. 267, 268; Fitting § 16 Anm. 10; Hartmann S. 121; Hartzfeld S. 523; Korn S. 108; Krasnopolski a. a. O. S. 44; Menzel S. 128; Otto S. 133; v. Sarwey S. 180 Nr. 6; Stieglitz S. 156; Willenbücher S. 57 Nr. 1; v. Wilmowski S. 146; O.-L.-G. Darmstadt 7. Juli 1886, Seuffert Arch. Bd. 42 S. 164.

[5]) Cosack S. 145; Hartmann S. 124; Menzel S. 124, 125. A. M. Hartzfeld S. 523; v. Sarwey S. 180 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 1 S. 360 Anm. 20.

[6]) Hartmann S. 123; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 35.

4) In der pr. K.-O. (§ 102 Z. 1) und der bayer. Pr.-O. (§§ 1224, 1227) wurden Verträge, durch welche der Gemeinschuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten gegeben hat, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Gemeinschuldners und des Rentenverkäufers für anfechtbar erklärt, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor der K.-E. abgeschlossen waren. Von einer besonderen Vorschrift dieser Art wurde in der K.-O. Umgang genommen, weil bei der neuerdings eingetretenen Häufigkeit solcher Geschäfte die Vermutung, dass dadurch die Gläubiger benachteiligt werden sollten, nicht allgemein als zutreffend erscheint. Die Leibrentenverträge sind an sich entgeltliche Verträge und deshalb regelmässig nach § 24 zu beurteilen. Ist aber die Leibrente nur als scheinbares Entgelt bedungen worden, so dass in Wirklichkeit eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, so ist die Anfechtung nach § 25 begründet. Von dem Leibrentenvertrag, in welchem demjenigen, der eine bestimmte Vermögensaufwendung macht, als Entgelt für seine Person eine Leibrente zugesichert wird, ist übrigens die Vereinbarung zu unterscheiden, auf Grund deren zugunsten einer dritten Person Einlagen bei einer Rentenversicherungsanstalt gemacht werden, damit diese nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder nach dem Tod des Prämienzahlers dem Dritten eine Leibrente auszahle. Diese Vereinbarung, welche als ein reiner Versicherungsvertrag anzusehen ist, stellt sich im Verhältnisse zwischen dem Prämienzahler und dem seinerzeitigen Empfänger der Leibrente ebenso, wie wenn dem Dritten ein bestimmtes Kapital auszuzahlen ist, als eine unentgeltliche Verfügung dar, welche mit dem Tag der Fälligkeit der Versicherungssumme bezw. der Leibrente wirksam wird. Ist zu dieser Zeit über das Vermögen des Prämienzahlers oder über dessen Nachlass das Kv. eröffnet, so unterliegt diese unentgeltliche Verfügung der Anfechtung nach § 25, sofern der Fälligkeitstermin in die hier vorgesehene Zeit fällt. Die Versicherungssumme geht zwar in diesem Falle nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers in dasjenige des Bedachten über, weil nur der Anspruch auf die Summe, nicht diese selbst einen Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers bildet und selbst das nicht der Fall ist, wenn die Police sofort auf den Namen des Bedachten ausgestellt wurde (v. § 1 Bem. III. 1 b, S. 8). [1] Aber die Prämien, welche zum grossen Teil als Sparkasseneinlagen anzusehen sind, aus welchen das bei dem Tode des Versicherungsnehmers zu zahlende Kapital zu bilden ist, wurden doch aus dessen Vermögen entnommen und gelangen mittelbar in der Form der Versicherungssumme oder der Leibrente in das Vermögen des Bedachten, ohne dass von dessen Seite eine Gegenleistung erfolgt. [2])

Der Begriff „Gelegenheitsgeschenk" setzt — abgesehen von der Bereicherungsabsicht — ein Doppeltes voraus. Einmal muss das Geschenk bei Gelegenheit eines Ereignisses erfolgen, welches, wie das Weihnachtsfest, der Geburts- und Namenstag, die Hochzeit, der Abschied, nach dem Herkommen Veranlassung zu derartigen Schenkungen giebt. Die Morgengabe, welche den Zweck einer wirtschaftlichen Bereicherung der Ehefrau verfolgt, nicht bloss Zeichen der Zuneigung ist, gehört hiernach zu den Gelegenheitsgeschenken nicht. [3]) Trinkgelder dagegen können hiezu gerechnet werden. Sodann wird vorausgesetzt, dass das Geschenk sowohl mit Rücksicht auf den gegebenen Anlass als auch auf das Vermögen des Schenkgebers und dessen persönliche Beziehungen zum Beschenkten das übliche Maass nicht

[1]) Wolff in Goldschmidts Z. Bd. 12 S. 184; Mals ebenda Bd. 13 S. 495; Hinrichs ebenda Bd. 20 S. 414 ff. und Predöhl ebenda Bd. 22 S. 472; Stobbe, d. Privatr. Bd. 3 S. 370; O.-A.-G. München 11. Febr. 1868 u. 11. Juni 1870, Seuffert, Arch. Bd. 26 S. 273, Goldschmidts Z. Bd. 12 S. 184; R.-G. (V.) 17. Okt. 1885, (VI.) 18 Mai 1887, Bolze Bd. 2 Nr. 1074, Gruchot Bd. 31 S. 1120, 1121.

[2]) Hartmann S. 125 ff.; Mals a. a. O. S. 500. A. M. O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Ann. Bd. 7 S. 532 ff. Der von diesem Gericht verwertete § 33 der K.-O. trifft nicht zu, weil der Bedachte in Ansehung der Prämien nicht Rechtsnachfolger der Versicherungsgesellschaft ist.

[3]) R.-O.-H.-G. 16 Jan. 1877, Entsch. Bd. 21 S. 277. A. M. Jäckel § 8 Anm. 26.

überschreitet. Soweit dieses Maass bei dem Gelegenheitsgeschenk überschritten worden ist, erscheint dessen Anfechtung als begründet. War ein solches Geschenk gar nicht beabsichtigt, wurde der ohne Rücksicht auf die gegebene Gelegenheit gewollten unentgeltlichen Verfügung vielmehr nur der Schein eines Gelegenheitsgeschenkes gegeben, so ist die Schenkung ihrem ganzen Betrage nach der Anfechtung unterworfen.

II. Freigebigkeiten des Gemeinschuldners zugunsten seines Ehegatten. (Z. 2.)

1) Bezüglich der unentgeltlichen Verfügungen, welche der Gemeinschuldner zugunsten seines Ehegatten getroffen hat, gelten im allgemeinen dieselben Grundsätze, wie bei fremden Personen. Während die pr. K.-O. (§ 103 Z. 3) den Ehegatten des Gemeinschuldners, der sich im Besitze einer unentgeltlichen Bereicherung aus dessen Vermögen befand, für verpflichtet erklärte, diese zur Befriedigung der K.-Gl. herauszugeben, zu welcher Zeit auch die Schenkung an ihn erfolgt sein mochte, erweiterte die K.-O. in Übereinstimmung mit der bayer. Pr.-O. (§ 1223 Nr. 2) nur die einjährige Frist der Z. 1 dem Ehegatten des Gemeinschuldners gegenüber auf die letzten zwei Jahre (M. S. 137). In Rechtsgebieten, in welchen Schenkungen unter Ehegatten nichtig sind, ist für die Anwendung des § 25 kein Raum. Der K.-V. kann aber dann die Nichtigkeit der Ehefrau gegenüber geltend machen (Bem. I. 1 S. 141 und Bem. II. 1 zu § 5). Unentgeltliche Verfügungen, welche der Gemeinschuldner vor der Eheschliessung vorgenommen hat, können nicht als Verfügungen zugunsten seines Ehegatten angesehen werden. Aus dem Wortlaut des § 25 Z. 2 und der Vergleichung desselben mit § 24 Z. 2 ergiebt sich vielmehr, dass § 25 Z. 2 das Bestehen der Ehe zur Zeit der Verfügung voraussetzt. Dass die im Entwurf stehenden Worte „nach geschlossener Ehe“ gestrichen wurden, ändert hieran nichts, da die Streichung auch deshalb erfolgt sein kann, weil die Worte als überflüssig erschienen.[1]) Hiernach würde, wenn unentgeltliche Verfügungen zugunsten des geschiedenen Ehegatten vorkommen sollten, die Anfechtung nach § 25 Z. 2 gleichfalls ausgeschlossen sein, und dieser ebenso eine Verfügung nicht unterliegen, welche nach der Nichtigerklärung der Ehe erfolgt. Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten sind zwar in Z. 2 nicht ausdrücklich ausgenommen. Die Ausnahme, welche in Z. 1 in Beziehung auf solche Geschenke getroffen wurde, muss jedoch, da die Gründe für diese Vorschrift auch hier zutreffen, ja der Begriff der Gelegenheitsgeschenke sich gerade als Ausnahme von dem gemeinrechtlichen Verbot der Schenkungen unter Ehegatten entwickelt hat, auch bei Z. 2 zur Anwendung kommen, durch welche im wesentlichen nur die Frist zur Anfechtung der sich auf die Ehefrau beziehenden Rechtsgeschäfte erweitert werden sollte. In den Mot. (S. 135 Anm. 3) ist auch zur Begründung der Ausnahme auf ein Urteil des A.-G. Celle vom 22. Febr. 1870 (Seuffert Arch. Bd. 24 S. 67) Bezug genommen worden, welches ein Gelegenheitsgeschenk unter Ehegatten betraf.[2])

2) In derselben Weise, wie bei den unentgeltlichen Verfügungen, ist die in den letzten zwei Jahren erfolgte Rückgewähr oder Sicherstellung des Heiratsguts d. h. des durch Vereinbarung den Zwecken der Ehe dauernd gewidmeten Frauenvermögens [3]) oder des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemanns gelangten Vermögens der Ehefrau

[1]) Cosack S. 146; Endemann S. 269, 270; Fitting § 16 Anm. 11; Jäckel S. 126; Kranichfeld S. 31; Meves S. 41; R.-G. (III.) 12. Okt. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 164 und Juristenzeit. Bd. 9 S. 118; O.-L.-G. Kiel 29. Jan. 1883, Schl.-Holst. Anz. 1883 S. 118. A. M. Hartmann S. 129; v. Völderndorff Bd. 1 S. 365; Willenbücher S. 57 Nr. 2; v. Wilmowski S. 147 Nr. 5.

[2]) Cosack S. 147; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 44; Endemann S. 270; Fitting § 16 Anm. 12; Fuchs S. 53; Hartmann S. 130; Jäckel S. 125; v. Mandry S. 471; Stieglitz S. 157 a. E.; Wengler S. 226. A. M. Grützmann S. 192; Hartzfeld S. 523; Korn S. 106; Kranichfeld S. 32; Meves S. 41; Otto S. 135; v. Sarwey S. 183; v. Völderndorff Bd. 1 S. 366; Willenbücher S. 58; v. Wilmowski S. 147. So auch Ldg. Leipzig 16 Mai 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. 8 S. 747.

[3]) Cosack S. 154 ff.; Hartmann S. 131; v. Wilmowski S. 148.

für anfechtbar erklärt, falls sie freiwillig d. h. ohne jede rechtliche Notwendigkeit erfolgt ist. Das „vorbehaltene" Vermögen der Ehefrau gehört zu diesem Vermögen auch dann nicht, wenn es dem Ehemanne übergeben und thatsächlich von ihm verwaltet worden ist. Das Heiratsgut umfasst auch das den Zwecken der Ehe gewidmete Vermögen des Ehemannes (Eheschenkung, Morgengabe, Widerlage, Einbringen in die Gütergemeinschaft). Es kann deshalb auch eine von der Ehefrau ausgegangene Sicherstellung oder Rückgewähr der Anfechtung unterliegen, wenn diese in Konkurs geraten ist.[1]) Dagegen sind derartige Rechtshandlungen, von § 24 Z. 1 abgesehen, unanfechtbar, sofern es sich lediglich um Erfüllung einer schon mehr als zwei Jahre vor der K.-E. begründeten Verbindlichkeit handelt d. h. wenn der Ehemann zur Rückgewähr oder Sicherstellung kraft Gesetzes — nach sächs. B. G. B. besteht eine solche nicht —[2]) oder zufolge eines vor Beginn der zweijährigen Frist rechtsgültig abgeschlossenen Vertrages verpflichtet war. So wenig eine vor Eingehung der Ehe getroffene unentgeltliche Verfügung der Anfechtung nach § 25 Z. 2 unterliegt, so wenig ist dies in Ansehung der vor der Eheschliessung verabredeten Sicherung der Fall. Auch in dieser Beziehung wird vielmehr vorausgesetzt, dass eine Ehe besteht.[3]) Wurde in den letzten zwei Jahren vor K.-E. ein Heiratsgut oder Frauenvermögen gleichzeitig mit der Übergabe an den Ehegatten sichergestellt oder die Verpflichtung zur Sicherung oder Rückgewähr innerhalb dieser Zeit zugleich mit Empfang des Vermögens (Zug um Zug) übernommen, so findet übrigens die Anfechtung nach § 25 Z. 2 gleichfalls nicht statt, weil der Ehegatte das Vermögen nie anders als mit dieser Belastung besessen hat.[4])

Unter den Begriff „Rückgewähr" fällt jede Verminderung des dem Zugriffe der Gläubiger unterworfenen[5]) Vermögens des Gemeinschuldners infolge gänzlicher oder teilweiser Aufhebung der durch die Ehe begründeten Güterrechtsverhältnisse, z. B. der Ausschluss der bestehenden Gütergemeinschaft.[6]) Die Genehmigung des Ankaufs eines Hauses auf den Namen der Ehefrau gehört jedenfalls dann hierher, wenn der Ehemann gleichzeitig auf sein Niessbrauchsrecht verzichtet.[7]) Dabei ist es gleichgültig, ob die der Ehefrau zurückgewährten Gegenstände in deren Gewahrsam zurückkehren oder ob unter Fortdauer des von dem Ehemann für die Ehefrau ausgeübten Gewahrsams (z. B. dadurch, dass Wertpapiere auf deren Namen gestellt und der Veräusserung durch den Ehemann entzogen werden) ein Aussonderungsrecht begründet wird. Wegen des Begriffs „Sicherstellung" ist Bem. II. 3 zu § 23 S. 121 zu vergleichen. Die anzufechtende Sicherstellung oder Rückgewähr muss vom Gemeinschuldner vorgenommen worden sein. Die persönliche Mitwirkung des Anfechtungsgegners braucht dagegen nicht immer vorzuliegen, da, soweit das Heiratsgut oder sonstige Vermögen der Frau in Frage steht, der Ehemann als Verwalter ihres Vermögens gehandelt haben kann.[8]) Die gesetzliche Verpflichtung zur Rückgewähr wird nicht dadurch ersetzt, dass der Ehefrau nach dem Landesrecht ein Vorzugsrecht zusteht.[9]) Nach rhein. Rechte (Art. 1470 und 1493 C. c.) ist der Ehemann nicht verpflichtet, der Ehefrau den Erlös ihres veräusserten Sondergutes vor Auflösung der Gütergemeinschaft zu erstatten.[10]) Wird die Sicherstellung oder Rückgewähr in einer

1) Cosack S. 155, 156, 159.

2) O.-L.-G. Dresden 11. Nov. 1890, sächs. Arch. Bd. 1 S. 389.

3) Endemann S. 270; Grützmann S. 200; Jäckel S. 129 a. E.; v. Wilmowski S. 148 Nr. 6 a. E.; R.-G. (III.) 12. Okt. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 164; Juristenzeit. Bd. 9 S. 118. V. dag. v. Völderndorff Bd. 1 S. 372 und Willenbücher S. 59.

4) Grützmann a. a. O.

5) O.-L.-G. Jena 27. Nov. 1884, Thür. Bl. Bd. 32 S. 349.

6) R.-G. (III.) 12. Okt. 1883 a. a. O.

7) R.-G. (VI.) 14. Okt. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 42 ff.

8) Cosack S. 158 Nr. 4.

9) O. L.-G. Dresden 20. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4. S. 737 ff., 763 ff.

10) R.-G. (II.) 30 Okt. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 311.

Weise bewirkt, zu welcher der Gemeinschuldner nicht verpflichtet war, so unterliegt dieselbe der Anfechtung, weil insoweit eine Verpflichtung nicht bestand. Dasselbe gilt, wenn statt der Sicherstellung Rückgewähr erfolgte oder umgekehrt.[1])

Wenn die Rückgabe des in Frage stehenden Frauenvermögens auf Grund eines richterlichen Urteils erfolgte, das dem Ehemann die Verwaltung dieses Vermögens entzog oder, in den Ländern des rhein. Rechtes, die Gütertrennung aussprach (Art. 1443 ff. Code civil), kann sie nicht nach § 25 Z. 2 angefochten werden. Nur sofern die dem Urteil zu Grund liegenden Erklärungen oder Anerkennungen des Ehemannes mit Erfolg angefochten werden können, also ungeachtet des Urteils eine freiwillige Rückgabe vorliegt, ist die Anfechtung möglich. Für die Berechnung der zweijährigen Frist ist hinsichtlich der Rückgewähr maassgebend, ob die Verfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand innerhalb der Frist aufgegeben wurde. Die Übergabe an die Ehefrau hebt die rechtliche Verfügungsgewalt des Ehemannes noch nicht auf. Der Anfechtung steht sonach der Umstand nicht im Wege, dass die letztere Handlung mehr als 2 Jahre vor der K.-E. erfolgte.[2])

3) Die Bestimmung des § 103 Z. 4 der pr. K.-O., welche bezüglich der Rückgewähr und Sicherstellung des Frauenvermögens alle Rechtsnachfolger der Ehefran diesen gleichstellte, wurde in die K.-O. absichtlich nicht aufgenommen und zwar teils mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 33, teils weil eine besondere Bestimmung dieser Art als überflüssig erschien, da das Gesetz nicht bloss von der Rückgewähr an die Ehefrau spricht (M. S. 137, 138 u. K. S. 23). Hat die Ehefrau ihre Ansprüche auf Rückgewähr einem Dritten übertragen, und hat die Rückgewähr an diesen stattgefunden, so kann ausser § 24 Z. 1 auch § 25 Z. 2 zur Anwendung kommen.[3]) Auch die Herausgabe an den Rechtsnachfolger des Ehegatten, welcher letztere im voraus den Gegenwert von dem Dritten empfangen hat oder von diesem nach erfolgter Rückgewähr erhält, ist als (mittelbare) Rückgewähr an den Ehegatten anzusehen. Den Erben gegenüber kann die vor dem Tode des anderen Ehegatten erfolgte Rückgewähr nur nach § 33 angefochten werden.

Eine besondere Vorschrift über die Anfechtbarkeit von Quittungen, Anerkenntnissen oder Zugeständnissen wurde gleichfalls für überflüssig gehalten, weil kein Grund vorliege, bezüglich dieser Handlungen Ausnahmebestimmungen zu treffen (M. S. 138).

§ 26.

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

(E. § 26; M. S. 138 ff.; K. S. 25; pr. K.-O. § 122 Abs. 4).

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Wenn eine Handlung, welche mit Rücksicht auf die Kenntnis der Zahlungseinstellung angefochten werden soll, längere Zeit vor der K.-E. vorgenommen wurde, der K.-V. sich sonach auf eine Zahlungseinstellung beruft, welche durch einen grossen Zeitraum von der

[1]) R.-G. (III.) 13 Juni 1882 u. 27 Okt. 1885, Entsch. Bd. 7 S. 110, Bd. 15 S. 19; O.-L.-G. Colmar 27. Nov. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 204 u. 315; Ldg. Metz 4. Juni 1889, Puchelts Z. Bd. 21 S. 153.

[2]) R.-G. (VI.) 14. Okt. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 264.

[3]) Cosack S. 159 ff.; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 45; Endemann S. 271; Fitting § 16 Anm. 13; Grützmann S. 194; Hartmann S. 133 ff.; Hullmann S. 148, 149; Jäckel S. 132; Kranichfeld S. 33 Nr. 31; Otto S. 137, 138; Stieglitz S. 161; v. Völderndorff Bd. 1 S. 367, 371; Willenbücher S. 58 Nr. 4; v. Wilmowski S. 149 Nr. 7. A. M. Korn S. 111 ff.; v. Sarwey S. 186.

K.-E. getrennt ist, so können Zweifel darüber aufkommen, ob die K.-E. auf jener weit zurückliegenden Zahlungseinstellung beruhe. Es kann vielmehr die Ansicht begründet sein, dass jene Zahlungseinstellung, in deren Kenntnis die Rechtshandlung vorgenommen wurde, wieder beseitigt und die nunmehr erfolgte K.-E. durch eine andere Zahlungseinstellung veranlasst worden sei (M. S. 138, 139). Soweit die Kenntnis der Zahlungseinstellung die Grundlage der Anfechtung bildet, wird deshalb mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs eine früher als sechs Monate vor der K.-E. eingetretene Zahlungseinstellung nicht berücksichtigt. Rechtshandlungen, welche vor dieser Zeit erfolgt sind, können also aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht mit Erfolg angefochten werden.

2. *Anfechtung mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung.*
(§ 23 Z. 1 u. 2).

§ 26 kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine Anfechtung auf Grund des § 23 handelt. Er bezieht sich aber nicht auf alle nach § 23 Z. 1 anfechtbaren Handlungen, nämlich nicht auf diejenigen, welche angefochten werden, weil sie nach dem Antrage auf K.-E. vorgenommen wurden. In diesen Fällen braucht eine Zahlungseinstellung überhaupt nicht vorzuliegen, da die K.-E. eine solche nicht voraussetzt (§ 94); deshalb gehört das Vorhandensein einer Zahlungseinstellung und der Kenntnis derselben auch nicht zum Thatbestand des Anfechtungsgrundes. Es kann also, wenn ein solcher Fall überhaupt vorkommen sollte, nicht behauptet werden, dass die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolge.[1]) Im Gesetz ist zwar nur von Anfechtungen „aus dem Grunde der Kenntnis der Zahlungseinstellung“ die Rede und in § 23 Z. 2 wird nicht notwendig vorausgesetzt, dass der betreffende Gläubiger von der Zahlungseinstellung Kenntnis hatte; es genügt vielmehr, dass er den Nachweis nicht liefern kann, es sei ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung noch eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners bekannt gewesen. Trotzdem ist wegen des dem Anfechtungsgegner obliegenden Beweises der Unkenntnis der Zahlungseinstellung auch bezüglich der nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Handlungen, welche gemäss § 23 Z. 2 angefochten werden, anzunehmen, dass die Anfechtung im Sinne des § 26 „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolgt.[2]) Dagegen ist die Anwendung des § 26 in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen eine Handlung nach Z. 2 deshalb angefochten wird, weil sie nach dem Eröffnungsantrage oder in den zehn Tagen vor diesem erfolgte. Denn wenn es überhaupt vorkommen sollte, dass das Kv. erst so lange nach dem Eröffnungsantrage eröffnet wird, so hat der Anfechtungsgegner doch hier seine Unkenntnis von der Zahlungseinstellung nicht nachzuweisen, weil letztere vor dem Eröffnungsantrage nicht vorzuliegen braucht. Noch weniger kann von der Anwendung des § die Rede sein, wenn die Handlung vor der Zahlungseinstellung vorgenommen wurde, denn in diesem Falle lässt sich schlechterdings nicht sagen, dass die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolge. Der dem § 26 zu Grund liegende Gedanke hätte bei folgerichtiger Durchführung zu einer weitergehenden Vorschrift wohl führen können. Aber bei der bestimmten Fassung des Gesetzes lässt sich die Beseitigung der darin enthaltenen Beschränkung durch ausdehnende Auslegung nicht rechtfertigen.[3])

[1]) Endemann S. 256, 257; Francke in Buschs Z. Bd. 4 S. 518; Fuchs S. 47; Korn S. 220; Meisner S. 125, 126; Otto S. 121, 122. A. M. Eccius Bd. 1 § 114 Nr. 3; v. Wilmowski S. 150.

[2]) R.-G. (VI.) 10 März 1890, Entsch. Bd. 25 S. 86, 87.

[3]) V. hiezu: Cosack S. 205; Endemann S. 257; Francke a. a. O. S. 517 ff.; Grützmann S. 144, 145; Korn S. 220, welche § 26 auf die unter § 23 Z. 2 gehörigen Fälle überhaupt nicht anwenden wollen; ferner Meisner S. 125, 126. Anwendung auf alle Fälle des § 23 Z. 2 verlangen:

3. Berechnung der Frist.

Die Frist von sechs Monaten ist nicht für die Anstellung der Klage gegeben, sondern bezieht sich ebenso wie die in den §§ 24 und 25 aufgestellten Fristen auf die materiellen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit; sie darf daher nicht als eine prozessualische Frist angesehen und nicht nach den Vorschriften der C.-P.-O., sondern muss nach denen des bürgerlichen Rechtes berechnet werden.[1]) Wäre § 200 der C.-P.-O. maassgebend, so müsste er in der Weise Anwendung finden, dass, wenn zwischen dem Tage der Vornahme einer angefochtenen Rechtshandlung und dem Tage der K.-E. mehr als sechs Monate liegen, die letzten Tage, an welchen die K.-E. nicht erfolgen konnte, weil sie auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fielen, nicht mitzurechnen wären.[2]) Die Gerichtsferien sind hier ohne Einfluss, weil sie das Kv. nicht aufhalten (§ 204 G.-V.-G. und Vorbem. 3 zu § 22 ff). Wenn eine Benachrichtigung auf Grund des § 744 der C.-P.-O. stattgefunden hatte, ist die Frist nicht vom Tage der Pfändung, sondern von dem Tage an zu rechnen, an welchem die Benachrichtigung erfolgt ist.[3])

§ 27.

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muss von dem letzten Wechselregresschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregresschuldner oder dem Dritten zu der Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben liess, einer der im § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

(E. § 27; M. S. 139 ff.; K. S. 25 und 149; pr. K.-O. § 100 Abs. 2 u. 3).

I. Ausnahmebestimmung für die Rückforderung von Wechselzahlungen.

1. Allgemeine Bemerkungen.

An sich gelten für Zahlungen, durch welche der Gemeinschuldner eine Wechselschuld tilgt, dieselben Grundsätze, wie für Zahlungen anderer Art. Wer eine solche Zahlung erhalten hat, muss sich die Anfechtung gefallen lassen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Der Wechselinhaber befindet sich aber in einer besonderen Lage, weil die W.-O.

Eccius a. a. O.; Fitting S. 151; Fuchs S. 49; Grisebach in Buschs Z. Bd. 5 S. 432 ff.; Hullmann S. 150; Meves S. 37; Otto S. 197; v. Sarwey S. 188; Stieglitz S. 162; Willenbücher S. 59; v. Wilmowski S. 150, 151.

[1]) Cosack S. 98; Endemann S. 257; Kohler S. 252 a. E.; Korn S. 222; Otto S. 122; Stieglitz S. 162; Willenbücher S. 59; v. Wilmowski S. 151; R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 328; O.-L.-G. Köln 12 Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 I. S. 18. A. M. Fitting § 16 Anm. 20; v. Sarwey S. 188; v. Völderndorff Bd. 1 S. 373.

[2]) V. v. Sarwey S. 188. A. M. Endemann S. 257; Fitting S. 151 § 16 Anm. 20; v. Völderndorff Bd. 1. S. 374.

[3]) R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 328.

in gewissen Fällen an die Ablehnung einer angebotenen Zahlung den Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Verpflichtete knüpft. Wenn § 23 Z. 1 gegen ihn zur Anwendung kommen könnte, obgleich er nach der W.-O. zur Annahme der Zahlung verpflichtet war, würde er sonach in allen Fällen Schaden leiden und bei Annahme wie bei Ablehnung der Zahlung das Rückgriffsrecht verlieren. Da eine Abänderung der W.-O., die auch einem ausländischen Vormann gegenüber nicht geholfen hätte, als unthunlich galt, wurde nach dem Vorbilde von Art. 449 des französ. Fallimentsges. die Bestimmung getroffen, dass in derartigen Fällen die Anfechtung ausgeschlossen sei (v. § 100 pr. K.-O). Diese Ausnahmebestimmung gilt aber nur für Zahlungen, welche durch Hingabe von barem Gelde oder von Zahlungsmitteln erfolgen, die dem Gelde rechtlich gleichstehen. (§ 23 Bem. III. 2 S. 124, 125).[1]) Deren Ausdehnung auf Fälle, in welchen die Anfechtung auf die §§ 24 oder 25 gestützt wird, ist durch die Fassung des Gesetzes ausgeschlossen, das auch nicht als Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes anzusehen ist.[2])

Da § 23 Z. 2 eine Zahlung voraussetzt, welche der Gläubiger in der Weise, in welcher sie erfolgte, nicht zu beanspruchen hatte, zu deren Annahme er also auch nicht verpflichtet sein konnte, wurde die Vorschrift auf Z. 1 dieses § beschränkt. § 27 bezieht sich hiernach nur auf solche Wechsel, deren Fälligkeit am zweiten Werktage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder noch später eingetreten ist, deren Verfalltag also zwischen jenen Zeitpunkten und der K.-E. liegt. Auf Wechsel, deren Verfalltag früher eingetreten ist, könnte § 23 Z. 1 nicht Anwendung finden.[3])

2. *Fälle, in denen Abs. 1 des § Anwendung findet.*

Einer Aufzählung der Fälle, in welchen der Empfänger durch Ablehnung der Zahlung seine sonstigen Wechselansprüche verlieren würde, die Rückforderung der Zahlung gegenüber dem Empfänger sonach ausgeschlossen sein soll, wurde absichtlich vermieden. In dieser Beziehung soll lediglich das Wechselrecht entscheidend sein (M. S. 142). Vorausgesetzt wird eine Mehrheit von Wechselschuldnern. Wo nur ein solcher vorhanden ist, bleibt § 27 ausser Betracht, weil die Gefahr des Regressverlustes fehlt. Den wichtigsten Fall für die Anwendung des § bildet die in Art. 41 W.-O. vorgesehene Beschränkung des Rückgriffes gegen Trassanten und Indossanten. Dieser Rückgriff ist durch rechtzeitige Vorzeigung und Protestierung des Wechsels bedingt. Die Protesterhebung ist aber unmöglich, wenn der Schuldner Zahlung anbietet. Deshalb unterliegt die von dem Gemeinschuldner auf Grund einer auf ihn gezogenen und von ihm angenommenen Tratte oder eines von ihm ausgestellten eigenen Wechsels geleistete Zahlung nicht der Anfechtung. Dasselbe gilt von der Zahlung, welche er als Domiciliat, Notadressat, Ehrenacceptant oder Ehrenintervenient (Art. 43, 62 u. 99 W.-O.) geleistet hat. Auch wenn die Protesterhebung erlassen wurde, kommt § 27 zur Anwendung, denn ungeachtet dieses Erlasses bleibt die Verpflichtung zur rechtzeitigen Vorzeigung des Wechsels bestehen, durch welche der Rückgriff nach Art. 41 W.-O. bedingt ist. Wer den Wechsel „zur Zahlung präsentiert", muss aber auch bereit sein, diese Zahlung anzunehmen. Würde mittels Vorzeigung des Wechsels Zahlung verlangt, deren Annahme aber abgelehnt, so würde eine wirksame „Präsentation zur Zahlung", welche voraussetzt, dass die Zahlung ernstlich verlangt wird, nicht vorliegen und der Rückgriff wegen nicht erlangter Zahlung ausgeschlossen sein.[4]) Dagegen trifft § 27 nicht zu und ist deshalb die Anfechtung nach § 23 Z. 1 gestattet, wo die Annahme der Zahlung ohne Gefahr verweigert werden konnte. Dieser Fall liegt vor, wenn der Gemeinschuldner

[1]) v. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 469; v. Völderndorff Bd. 1 S. 378; v. Wilmowski S. 152. V. dag. Cosack S. 344 Anm. 9; Endemann S. 249.

[2]) A. M. Cosack S. 344, 345.

[3]) A. M. v. Sarwey S. 192.

[4]) V. Meisner S. 127. A. M. Cosack S. 342 lit. b.

als Intervenient Zahlung leistet, ohne hiezu durch eine Ehrenintervention verpflichtet zu sein. Auch von einer Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Verweigerung der Annahme der Zahlung, welche übrigens die Anwendung des § 27 nicht rechtfertigen würde, könnte in einem solchen Falle nicht die Rede sein, da die Verweigerung der Annahme gerechtfertigt war, der Wechselinhaber sonach für den Verzug nicht verantwortlich ist. Dieser muss, wenn er die vom Gemeinschuldner angebotene Zahlung angenommen hat und nach § 23 Z. 1 zur Rückgewähr angehalten wird, den dadurch entstehenden Verlust, wenn er das Rückgriffsrecht durch Verjährung verloren hat, allerdings selbst tragen. Aber dieser Verlust trifft ihn als eine Folge des anfechtbaren Erwerbes, ebenso wie das auch sonst der Fall ist. Die Verpflichtung zur Rückgewähr kann hiernach selbst dann nicht durch Berufung auf § 27 abgewendet werden, wenn der die Zahlung anbietende Gemeinschuldner Nachmänner hatte, von denen die Zahlung hätte verlangt werden können. [1]) Ferner fehlt es an den Voraussetzungen zur Anwendung des § 27, wenn die Zahlung von dem Aussteller eines gezogenen oder von dem Remittenten eines eigenen Wechsels angeboten wurde (Art. 14, 41, 98 Z. 6 W.-O.), sowie dann, wenn der Wechsel „ohne Obligo" ausgestellt oder „nicht an Ordre" giriert, oder wenn — abgesehen vom Falle der Ehrenintervention — zur Zeit des Zahlungsanerbietens bereits Protest erhoben [2]) oder der Wechsel bereits verfallen war. Bei dem Indossament zum Inkasso wird durch die Nichtannahme der vom Gemeinschuldner angebotenen Zahlung zwar nicht das Rückgriffsrecht des Indossatars, wohl aber dasjenige seines Auftraggebers, des Indossanten, verloren. Da Dritten gegenüber Indossant und Indossatar bei dem Inkasso-Giro rechtlich als eine Person anzusehen sind, ist aber auch hier die Anwendung des § 27 nicht, wie in den Mot. (S. 142) angenommen wurde, ausgeschlossen. Vielmehr ist die Anfechtung nach § 23 Z. 1 dann unstatthaft, wenn der Indossant durch Zurückweisung der Zahlung seitens des Inkasso-Indossatars sein Rückgriffsrecht gegen einen Vormann verloren hätte. [3])

II. Rückforderung von dem letzten Wechselregresschuldner, oder dem Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hatte. (Abs. 2.)

1) Die im Abs. 2 des § enthaltene Vorschrift soll gegen einen Missbrauch der Bestimmung des Abs. 1 Schutz gewähren. Dem K.-V. wird das Recht der Rückforderung der gezahlten Wechselsumme gegen den letzten Wechselregresschuldner oder den Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hat, für den Fall gesichert, dass diesen Personen einer der in § 23 Z. 1 erwähnten Umstände bekannt war. Während die Vormänner des Wechselinhabers, welche noch gegen einen weitern Vormann ihren Rückgriff nehmen können („die Zwischenmänner"), in gleicher Lage sind, wie der Wechselinhaber, an den die Wechselschuld bezahlt wurde, befindet sich der letzte Wechselregresschuldner, der in Ermangelung der Zahlung des Gemeinschuldners für den Wechselbetrag schliesslich hätte aufkommen müssen, wie in den Mot. (S. 140) auseinandergesetzt wurde, in einem anderen Verhältnis. Ihm würde nun der Wechselbetrag zugut kommen, wenn die Handlung, durch welche er diesen erworben hat, nicht angfochten werden könnte. Er steht nur dem Gemeinschuldner gegenüber. Erhielt er die Summe, für welche auf diesen gezogen oder deren Zahlung von dem Gemeinschuldner versprochen wurde, auch nicht unmittelbar von ihm, so erhielt er sie doch in einer Weise, dass derjenige, von welchem er sie empfing, sowie jeder Rechtsnachfolger das Geld vom Gemeinschuldner einziehen konnte.

[1]) Endemann S. 250; Hullmann S. 152; Meisner S. 128; v. Sarwey S. 192; Stieglitz S. 165; Willenbücher S. 61 a. E.; v. Wilmowski S. 152. A. M.: Cosack S. 343 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 382.

[2]) v. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. § 30 Anm. 22; Endemann S. 251; v. Wilmowski S. 152.

[3]) Menzel S. 225; Otto S. 71; Stieglitz S. 165; v. Völderndorff Bd. 1 S. 383; Willenbücher S. 60, 61; v. Wilmowski S. 152, 153.

Wie der unmittelbare Erwerb der erwähnten Personen vom K.-V. hätte angefochten werden können, wenn der Erwerber von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrag Kenntnis gehabt hätte, so soll nun auch der auf Umwegen unter Benutzung der Eigentümlichkeiten des Wechselverkehrs erlangte mittelbare Erwerb der Anfechtuug unterliegen, wenn die Voraussetzungen des § 23 zutreffen. Der Anfechtungsgegner kann in diesem Falle die Verpflichtung zur Rückgewähr allerdings dadurch abwenden, dass er seine Unkenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag nachweist. Aber in dieser Beziehung ist nicht die Zeit der Zahlung, sondern ausschliesslich der Zeitpunkt der Begebung des Wechsels entscheidend, denn durch diese Rechtshandlung hat der Anfechtungsgegner die Wechselsumme erlangt. Als Begebung des Wechsels ist jede Übertragung desselben anzusehen, gleichviel ob sie vom Aussteller oder von einem Indossanten vorgenommen worden ist. Durch die Worte „oder begeben liess“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es im Falle der Begebung für Rechnung eines Dritten darauf ankommt, ob dieser Dritte in dem für die Anfechtbarkeit entscheidenden Zeitpunkte die erhebliche Thatsache kannte.

2) In der Regel ist die Anfechtung gegen den letzten Wechselregresschuldner als diejenige Person, welche sich auf Abs. 1 des § nicht berufen kann, zu richten. Wenn dieser den Wechsel für einen andern begeben hat und ihm sonach die Zahlung nicht zugut gekommen ist, kann sie aber auch gegen den Dritten gerichtet werden, für dessen Rechnung der Wechsel begeben wurde. Welche von den im § bezeichneten Personen erstattungspflichtig ist, muss im einzelnen Falle ermittelt werden. Die Erstattungspflicht ist, wie die Stellung des § erkennen lässt, als eine besondere Art der Rückgewähr aufzufassen. Es kommt deshalb sowohl § 26 als § 34 zur Anwendung. Gegenstand der Anfechtung ist, wie auch bei dem Beweise der Unkenntnis hervortritt, die Begebung des Wechsels. Diese muss daher in die Frist des § 26 fallen, wenn die Anfechtung begründet sein soll.[1] Unter der „gezahlten Wechselsumme“ ist nicht die an den Anfechtungsgegner gezahlte Summe, sondern derjenige Betrag zu verstehen, welchen der Gemeinschuldner an jene Person bezahlt hat, deren Erwerb durch § 27 der Anfechtung entzogen wird. Diese Auslegung entspricht allein dem Ausdrucke „Wechselsumme“. Der letzte Regresschuldner soll nach der dem Gesetze zu Grund liegenden Auffassung die Wechselsumme dem K.-V. zurückgewähren, weil er diese auch dann hätte zahlen müssen, wenn der Wechsel wegen der Anfechtbarkeit der Zahlung protestiert worden wäre.[2] Protestkosten können nur soweit in Betracht kommen, als die nach Abs. 1 unanfechtbare Zahlung an einen Ehrenintervenienten (Bem. I. 2) erfolgt ist; hier wird die Wechselsumme durch die Interventionssumme gebildet.[3]

3) Hat derjenige, gegen welchen § 27 Abs. 2 Anwendung findet, seiner Zeit durch Begebung des Wechsels Befriedigung für eine nicht selbst der Anfechtung unterliegende Forderung an den Gemeinschuldner erhalten und ist demgemäss der Gemeinschuldner damals von einer Verbindlichkeit gegenüber dem jetzigen Anfechtungsgegner befreit worden, so wäre die Masse in ungerechtfertigter Weise bereichert, wenn der Untergang der Verbindlichkeit fortwirken würde. Der K.-V. ist deshalb verpflichtet, diese Verbindlichkeit in ihrem früheren Umfang so wiederherzustellen, wie wenn sie nie erloschen wäre. Dies gilt auch dann, wenn die untergegangene Verbindlichkeit nur eine natürliche war. Zu der erforderlichen Willenserklärung kann der K.-V. nötigenfalls gerichtlich angehalten werden. Die wieder aufgelebte Forderung kann der Anfechtungsgegner anmelden oder zur Aufrechnung verwenden. Ist infolge der Wechselbegebung ein Anspruch des Anfechtungs-

[1]) Cosack S. 347; Menzel S. 228.

[2]) V. Endemann S. 252; Menzel S. 227, 228; v. Völderndorff Bd. 1 S. 387; Willenbücher S. 61; v. Wilmowski S. 153; A. M. Cosack S. 347.

[3]) v. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 472; Cosack S. 347. A. M. die in Anm. 2 genannten Schriftsteller.

gegners gegen einen Dritten untergegangen, so kann dessen Wiederherstellung nicht verlangt werden.[1])

§ 28.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

(E. § 28; M. S. 143 ff.; K. S. 25; pr. K.-O. § 104).

1. Allgemeine Bemerkungen.

Wie schon früher hervorgehoben, wird die Anfechtung einer Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner vornahm oder sich gefallen liess, bezw. gefallen lassen musste, nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, die gerichtliche Hilfe mit Erfolg in Anspruch nahm, oder in anderer Weise einen Vollstreckungstitel erwirkte (Bem. II. 3, III. 2 zu § 23 und Bem. I. 4 zu § 24 S. 122, 127, 134); § 28 enthält in dieser Beziehung die entscheidende Vorschrift. Hiernach kommt, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung (§§ 23—25) vorliegen, nichts darauf an, ob die anzufechtende Rechtshandlung in einer vollstreckbaren Urkunde oder in einem Urteil als für den Gemeinschuldner rechtsverbindlich anerkannt ist und ob eine von dem Gemeinschuldner gewährte Befriedigung oder Sicherstellung freiwillig eingeräumt oder ob sie auf dem Wege eines gerichtlichen Verfahrens erzwungen wurde oder doch erzwungen werden konnte. Gegenstand der Anfechtung ist aber immer die Rechtshandlung selbst, nicht der vollstreckbare Titel (§ 24 Bem. I. 2 S. 129).[2]) Steht die Anfechtung einer prozessualen Handlung oder Unterlassung in Frage, so bildet zwar das Urteil nicht einen für diese Rechtshandlung erlangten vollstreckbaren Titel. Vielmehr regelt es die zugunsten des Anfechtungsgegners bewirkte Veränderung. Der vollstreckbare Titel ist nicht für eine anfechtbare Rechtshandlung, sondern infolge derselben erlangt worden. Auch hier muss jedoch § 28 mit Rücksicht auf seinen Sinn und Zweck Anwendung finden.[3])

2. Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels.

Ein vollstreckbarer Schuldtitel ist vor allem das rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Endurteil (§ 644 C.-P.-O.); ausserdem kommt diese Eigenschaft dem Vollstreckungsbefehl (§ 639, 640 C.-P.-O.), sowie den anderen in § 702 aufgezählten Schuldtiteln, insbesondere den gerichtlich abgeschlossenen Vergleichen und den unter §§ 702 bezw. 706 fallenden vollstreckbaren Urkunden zu. Soweit es sich um die Anfechtung des Schuldtitels handelt, ändert § 28 an den dem K.-V. zustehenden Befugnissen nichts. Es wird diesem weder ein neues Recht gegeben, noch ein Anspruch, der nach anderweitigen gesetzlichen Vorschriften begründet ist, entzogen. Daraus folgt, dass der K.-V. alle diejenigen Rechtsmittel geltend machen darf, von welchen der Gemeinschuldner selbst, wenn er nicht in Konkurs geraten wäre, Gebrauch machen könnte. Er kann, wenn es im Interesse der Masse liegt, auch die Schuldtitel selbst auf Grund der §§ 23 ff. anfechten, sofern ihm ein

[1]) V. Cosack S. 347, 348 Nr. 6. A. M. v. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 472, welcher in solchen Fällen die Anfechtung überhaupt ausschliesst und § 27 Abs. 2 für unanwendbar hält.

[2]) Cosack S. 56; Jäckel S. 87; Korn S. 78; Krasnopolski S. 22, 23; Otto S. 86; Steinbach S. 78 und die Kommentare.

[3]) Grützmann S. 115 Anm. 382; Hartmann S. 150; Otto S. 89; v. Völderndorff Bd. 1 S. 394, Bd. 3 S. 173; v. Wilmowski S. 155 Bem. 2c.

wirksames Anfechtungsmittel zu Gebote steht. Wenn es sich um einen Vertrag bezw. um eine von dem Gemeinschuldner ausgestellte Urkunde handelt, die auf dem Wege der Klage, Einrede oder Replik angefochten und beseitigt werden kann, ist der K.-V. berechtigt, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sowohl, soweit sie der betr. Urkunde vorausgegangen sind, als soweit es sich um die Einräumung des vollstreckbaren Titels handelt, durch Klage oder Einrede anzufechten (§ 22 Bem. IV. 1 u. 2). Sofern ein gegen den Gemeinschuldner ergangenes Urteil oder ein Vollstreckungsbefehl in Frage steht, kann er zwar das ergangene Urteil, falls noch ein Rechtsmittel zu Gebote steht, in derselben Weise, wie es der Gemeinschuldner thun könnte, angreifen. Ja er kann auch, um sich den Erfolg zu sichern, die von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen, insbesondere ausdrückliche oder stillschweigende Zugeständnisse auf Grund der §§ 23 anfechten. Soweit aber die nach der C.-P.-O. zustehenden Rechtsmittel erschöpft sind und auch die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 541 ff. C.-P.-O.) nicht mehr möglich ist, kann das Urteil, da ein besonderes ausserordentliches Rechtsmittel dem K.-V. nicht eingeräumt wurde, allerdings nicht mehr beseitigt werden. Auch darf man nicht annehmen, dass ein solches Urteil gar keine Bedeutung habe. Vielmehr ist es dem Gemeinschuldner gegenüber rechtsverbindlich und kann sogar den Gläubigern gegenüber unter Umständen gewisse Wirkungen äussern. Der Gläubiger, der es erwirkt hat, ist nicht genötigt, dem K.-V. gegenüber nochmals Klage zu erheben und einen neuen Prozess durchzuführen. Dieser ist aber nach § 28 nicht gezwungen, das Urteil selbst anzugreifen, um die Rechtshandlungen, welche darin Anerkennung gefunden haben, oder auf Grund desselben vorgenommen wurden, oder um die Wirkungen des Urteils, welche mittelbar auf Rechtshandlungen oder Geschehenlassen des Gemeinschuldners beruhen, zu beseitigen. Alle diese Rechtshandlungen können vielmehr selbständig angefochten werden, als ob das Urteil nicht bestände. Sie werden nicht angefochten, weil das Urteil an sich keine Wirkung hat, sondern weil dem K.-V. gegenüber die angefochtenen Rechtshandlungen ohne Wirkung sind. Ein Rechtsgeschäft, das nach §§ 23 ff. anfechtbar ist, kann hiernach einen Anspruch auf Erfüllung auch dann nicht begründen, wenn der Gemeinschuldner zur Erfüllung verurteilt worden war. Insbesondere lässt sich auf ein solches Urteil ein Absonderungsrecht nicht stützen. Hat der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, seinen Anspruch im Kv. angemeldet, so wird die Anfechtung in der Regel mittelst Widerspruchsklage (§ 134 Abs. 6) geltend gemacht werden. Dagegen wird der K.-V., wenn der Gläubiger Klage erhoben hat, z. B. die Aussonderung eines bestimmten Gegenstandes verlangt, die Anfechtung einredeweise oder durch Rechtsmittel bezw. Einspruch geltend machen, und wenn der Gläubiger, der ein Absonderungsrecht in Anspruch nimmt, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht, in der durch die C.-P.-O. (§§ 688 ff.) vorgeschriebenen Weise Widerspruch erheben. Hatte der Gemeinschulder auf Grund des vollstreckbaren Schuldtitels freiwillig erfüllt, so kann der K.-V. das, was aus der Masse weggegeben wurde, zurückfordern (§ 30 Abs. 1). In allen diesen Richtungen steht ihm der vollstreckbare Schuldtitel nicht im Wege und kann ihm insbesondere der Inhalt eines rechtskräftigen, in anderer Beziehung rechtsverbindlichen, Urteils nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Er kann sonach eine Verfügung, die der Gemeinschuldner getroffen hat, auch dann als unentgeltlich anfechten, wenn in einem Urteil festgestellt ist, dass es sich hiebei um einen entgeltlichen Vertrag z. B. einen Kauf handle u. s. w. [1])

3. Erzwingung der anfechtbaren Rechtshandlungen durch Zwangsvollstreckung oder Arrest.

Eine nach den §§ 23 ff. anfechtbare Rechtshandlung wird dadurch nicht unanfechtbar, dass sie durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erzwungen wurde.

[1]) Cosack S. 56, 57; Hartmann S. 150; Otto S. 87; Steinbach S. 78; Stieglitz S. 168; v. Völderndorff Bd. 1 S. 390, 391; v. Wilmowski S. 156. A. M. v. Sarwey S. 195.

Insbesondere sind Zahlungen oder Sicherstellungen, die durch Androhung oder Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens erzwungen wurden, falls § 23 zutrifft, ebenso der Anfechtung ausgesetzt, wie wenn sie freiwillig gegeben worden wären. Ferner unterliegt das durch Vornahme einer Pfändung oder Arrestanlage erworbene Pfandrecht (§§ 709 und 810 C.-P.-O.), ebenso wie ein vom Gemeinschuldner vertragsmässig eingeräumtes, der Anfechtung. Ob auch der Schuldtitel, auf Grund dessen die Vollstreckung oder Arrestanlage erfolgte, bezw. die Rechtshandlung, für welche dieser Titel erlangt wurde, angefochten werden kann, ist gleichgültig. Die Anfechtung kann jedoch nicht im Wege der Widerspruchsklage gem. § 690 C.-P.-O. erfolgen, weil der K.-V. dem Gläubiger nicht als Dritter gegenübersteht, sondern Vertreter des Schuldners ist, gegen welchen die Vollstreckung sich richtet (Bem. III. 1 zu § 5).

§ 29.

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

(E. § 29; M. S. 144 ff.; K. S. 25—27; pr. K.-O. §§ 99 und 112.)

1) Nach gemeinem Rechte war es bestritten, ob das Anfechtungsrecht dem K.-V. zustehe, oder bloss von demjenigen Gläubiger ausgeübt werden könne, dessen Benachteiligung der Gemeinschuldner beabsichtigte und bewirkte. Die K.-O. hat das Anfechtungsrecht dem K.-V. eingeräumt, weil die fortgegebenen Vermögensstücke, wenn die Anfechtung gelingt, zur Masse zurückzugewähren sind, welche dieser K.-V. in Besitz zu nehmen und zu verwalten hat. Er ist, auch soweit es sich um die Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen, dessen Vermögen er verwaltet, obgleich das Anfechtungsrecht ihm lediglich im Interesse der K.-Gl. übertragen wurde und in der Regel auch nur deren Interessen dient. Jedenfalls muss der Gemeinschuldner auch in den Anfechtungsprozessen als Partei angesehen werden, da der Anfechtungsanspruch einen Bestandteil der Masse bildet und der Gemeinschuldner Subjekt des Vermögens geblieben ist, zu dem diese gehört (Bem. III. 1 zu § 5 u. Bem. IV. zu § 22). Zum Vermögen der K.-Gl. kann dieser Anspruch nicht gehören, da er nur für Rechnung der Masse geltend gemacht wird und nicht bloss die zurückgewährten Gegenstände in die Masse gelangen, sonach Eigentum des Gemeinschuldners werden, dem sie im Falle eines Zwangsvergleichs übergeben werden (§ 177), sondern auch die Gegenleistungen (wie die Prozesskosten) der Masse zur Last fallen (§§ 30, 31). Wären die K.-Gl. Partei, so müssten sie auch nach Aufhebung des Kv. die Prozesse wegen der Prozesskosten fortführen und letztere aus ihrem Vermögen bestreiten. Die Eigentümlichkeit, dass der K.-V. das Anfechtungsreht verfolgen kann, obgleich dieses Recht vom Gemeinschuldner selbst (wie von den einzelnen K.-Gl.) niemals geltend gemacht werden kann, erklärt sich aus der Art, in welcher das ganze Kv. und das Anfechtungsrecht geregelt ist und dadurch, dass die Konkursmasse ein aus dem allgemeinen Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschiedenes Sondervermögen bildet, dessen Verwalter besondere Rechte und Verbindlichkeiten zugewiesen wurden. Auch im übrigen kann der K.-V. manche Handlungen vornehmen, welche dem Gemeinschuldner selbst versagt sind, z. B. die in § 6 vorgesehene Nichtigkeit geltend machen, die Veräusserung im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben (§§ 116, 117) u. s. w. Die Sache liegt ähnlich wie bei der offenen Handelsgesellschaft, zu deren Sondervermögen ebenfalls viele Rechte (Firmenrechte, Markenrechte, Patentrechte u. s. w.) gehören, welche den einzelnen Gesellschaftern als solchen nicht zustehen und nur von den Vertretern der Gesellschaft ausgeübt werden können. Hier besteht auch, wie im Kv., die sich aus der Vermögensspaltung ergebende Eigentümlichkeit, dass die Vertreter der Gesellschaft als Verwalter des Sondervermögens mit einem Gesellschafter Prozesse führen können, obgleich dieser letztere als Träger oder Subjekt des Gesellschaftsvermögens

anzusehen ist. Will man dem Gemeinschuldner die Eigenschaft als Partei versagen, so kann dies nur auf dem Wege geschehen, dass man die Konkursmasse als selbständiges Rechtssubjekt behandelt. Dem steht aber § 5 entgegen. Jedenfalls bietet die K.-O. keinerlei Anhaltspunkte für diese Auffassung. Die Konkursmasse als juristische Person zu behandeln, lässt sich viel schwerer rechtfertigen, als dies bei der Handelsgesellschaft wegen Art. 111. H.-G.-B. der Fall ist.

Dem K.-V. ist allein die Befugnis eingeräumt, die Unwirksamkeit der anzufechtenden Rechtshandlungen im Interesse der Gläubiger geltend zu machen und die Rückgewähr zur Masse zu fordern. Dieses Anfechtungsrecht kann er aber nicht ausüben, wenn er lediglich als Nebenintervenient z. B. neben demjenigen auftritt, an welchen der Gemeinschuldner vor K.-E. eine Forderung übertragen hatte; denn der Nebenintervenient kann nur diejenigen Angriffs- und Verteidigungsmittel benützen, welche der von ihm unterstützten Partei zustehen.[1]) Um die Forderungsübertragung anfechten zu können, müsste der K.-V. als Hauptintervenient auftreten. Die einzelnen K.-Gl. sind zur Ausübung des Anfechtungsrechts nicht berechtigt. Insbesondere können sie davon nicht bei der Bestreitung einer Forderung im Prüfungstermin Gebrauch machen.[2]) Dies ergiebt sich deutlich aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes und wurde in den Mot. (S. 145, 146), sowie von der Reichstagskommission (K. S. 25—27) anerkannt. Hiernach sind, sofern der K.-V. von dem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht, die anfechtbaren Rechtshandlungen für alle K.-Gl. bindend und können von ihnen weder auf dem Wege der Klage noch auf dem der Einrede angefochten werden. Auch die Geltendmachung durch Einrede enthält eine Ausübung des Anfechtungsrechtes.[3]) Diese steht in allen Fällen nur dem K.-V. zu. Die K.-Gl. können ihn nicht zur Erhebung einer Anfechtungsklage zwingen.[4]) Dagegen können sie ihm eine solche unter Umständen unmöglich machen (§§ 121 und 123 K.-O.). Dies gilt auch für die gemäss § 134 erhobenen Feststellungs- bezw. Widerspruchsklagen. Ein Widerspruch zwischen den §§ 29 und 134 besteht in keiner Weise, denn das dem widersprechenden Gläubiger zustehende Recht, das Bestehen der bekämpften Forderung zu bestreiten, ist von dem Anfechtungsrecht grundsätzlich verschieden und setzt dieses auch nicht voraus (K. S. 92).

Die Übertragung des Anfechtungsanspruchs auf einen Dritten ist als unstatthaft anzusehen. Wie das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers an die ihm zustehende Forderung gebunden ist und von dieser nicht losgelöst werden kann, so kann auch das dem K.-V. zustehende Recht auf Anfechtung nur von ihm geltend gemacht werden und lässt sich von der Verwaltung der Masse nicht trennen. Die Rückgewähr erfolgt nach § 30 zur Masse und aus dieser ist nach § 31 unter Umständen die Gegenleistung zu erstatten. Der Anfechtungsgegner hat deshalb ein Recht darauf, dass ihm der K.-V. selbst entgegentritt, damit er imstande ist, sein Recht auf die Gegenleistung ihm gegenüber geltend zu machen.[5]) Jedenfalls könnte eine solche Übertragung des Anfechtungsrechtes

[1]) R.-G. (V.) 7. April u. (II.) 20. Nov. 1886, (V.) 11. April u. 18. Febr. 1888, Gruchot Bd. 30 S. 941 ff.; Entsch. Bd. 17 S. 33, 34, Jur. Woch. 1888, S. 195, Puchelts Z. Bd. 20 S. 209; ferner O.-L.-G. Hamburg 22. Juni 1889, Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 225 u. O.-L.-G. Köln 9. Dez. 1887, rhein. Arch. Bd. 78 II. S. 61 ff.

[2]) Dernburg Bd. 2 § 130 Anm. 3; Endemann S. 275; Fitting S. 157 § 17 Anm. 2; Hullmann S. 153; Otto S. 154; Schultze S. 68 u. 69 Anm. 1; Steinbach S. 94; Stieglitz S. 171; v. Völderndorff Bd. 1 S. 401; v. Wilmowski S. 157. A. M. v. Mandry § 50 Anm. 28.

[3]) Dernburg Bd. 2 § 130 Anm. 3; Korn S. 31, 32; Otto S. 154; Menzel S. 293, 309. A. M. Cosack S. 233; v. Mandry § 50 Anm. 28.

[4]) Cosack S. 236; Korn S. 36; Otto S. 154; Stieglitz S. 171; Wengler S. 233. A. M. Meves S. 42; v. Völderndorff Bd. 1 S. 397; Willenbücher S. 63.

[5]) V. Jäckel S. 199, 200; Krasnopolski S. 109; Menzel S. 301, 302. A. M. Cosack S. 304 ff. 329, 363; Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 366 ff.: Korn S. 34; v. Sarwey S. 198; v. Wilmowski S. 124.

dem Dritten nicht mehr Befugnisse gewähren, als der K.-V. hat. Das Anfechtungsrecht ist aber innerhalb der diesem gesteckten Grenzen auszuüben und kann nach der Beendigung des Kv., welche den Übergang der Anfechtungsrechte auf die einzelnen Gläubiger zur Folge hat (§ 13 Abs. 4 Anf.-Ges.) ebensowenig von einem Rechtsnachfolger des K.-V. als von diesem selbst ausgeübt werden.[1]) Bei dieser Auffassung kommt der Übertragung des Anfechtungsanspruchs eine praktische Bedeutung nicht zu. Dem Gemeinschuldner kann das einen Bestandteil der Masse bildende Anfechtungsrecht ebensowenig wie einem Dritten übertragen werden; jedenfalls würde es auch in diesem Falle mit der Beendigung des Kv. erlöschen bezw. auf die einzelnen Gläubiger übergehen.[2]) Dass der K.-V. einem Dritten insbesondere einem K.-Gl. Prozessvollmacht zur Erhebung und Durchführung des Anfechtungsprozesses erteilen kann, ist nicht zu bezweifeln, [3]) ebensowenig dessen Befugnis, den aus der erfolgreichen Anfechtung entspringenden Anspruch auf Rückgewähr einem Dritten zu übertragen. Nur die Ausübung des Anfechtungsrechtes, nicht die daraus entsprungene Forderung, ist an die Person des K.-V. gebunden.

Bezüglich der Art und Weise, in welcher das Anfechtungsrecht geltend zu machen ist (Bem. IV. zu § 22), wie bezüglich der prozessualischen Mittel, die anzuwenden sind, ist der K.-V. von den einzelnen K.-Gl., die nur das Aufsichtsrecht des Gerichtes anrufen dürfen (§§ 75 und 76), unabhängig. Diese können zwar in den Anfechtungsprozess als Nebenintervenienten eintreten (K. S. 26), weil sie nicht Partei sind und ein rechtliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses haben, auch die Nebenintervention eine Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht enthält (v. Bem. I. 6 zu den §§ 8 ff.).[4]) Da sie als Nebenintervenienten blosse Streitgehilfen sind, haben ihre Erklärungen und Handlungen aber nur insofern Anspruch auf Wirksamkeit, als sie mit denen des K.-V. nicht im Widerspruch stehen; § 66 C.-P.-O. trifft hier nicht zu.[5])

2) Die Vorschrift, nach welcher das Anfechtungsrecht ausschliesslich vom K.-V. ausgeübt werden kann, gilt nur, soweit die Anfechtung auf den Bestimmungen der K.-O. beruht. Sofern ein Kv. nicht eingeleitet oder wieder aufgehoben wurde, oder der Anfechtungsgrund davon unabhängig ist, kommt das Gesetz vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen zur Anwendung. Der Umstand, dass an dem Gegenstand der Rückgewähr ein von dem K.-V. anerkanntes Absonderungsrecht besteht, schliesst die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes nicht aus.[6]) Ebenso kann dieses Recht, wenn der K.-V. im Prüfungstermin eine Kontokurrentforderung anerkannt hat, dessenungeachtet bezüglich solcher Rechtsgeschäfte ausgeübt werden, deren Unwirksamerklärung den anerkannten Saldo nicht vermindert, sondern höchstens dazu führt, dass die Forderung des Anfechtungsgegners sich erhöht. Anders liegt die Sache, wenn die erfolgreiche Anfechtung dazu führen würde, der anerkannten Forderung ihre Grundlage zu entziehen (v. Bem I. 2 zu den §§ 129 ff.)[7])

Da der Konkursverwalter, soweit er das Anfechtungsrecht ausübt, ebenso wie bei der Ausübung von anderen ihm kraft seines Amtes zustehenden Befugnissen als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, muss dieser, gegen welchen die Anfechtung sich nicht richtet (Bem IV. 3 zu § 22), in den auf die Anfechtung bezüglichen Prozessen als

[1]) v. Wilmowski S. 124. A. M. Cosack S. 229, 330; Korn S. 34.

[2]) V. dag. Cosack S. 329 und Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 366, 367.

[3]) V. v. Sarwey S. 198.

[4]) R.-G. (III.) 16. April 1889, Jur. Woch. S. 203, Bolze Bd. 7 Nr. 879; R.-G. (II.) 24. April 1891, Jur. Woch. S. 273; Endemann S. 275; Fitting S. 157 § 17 Anm. 2; Hullmann S. 153; Stieglitz S. 171; v. Völderndorff Bd. 1 S. 399; v. Wilmowski S. 157. A. M.: Cosack S. 237; Grützmann S. 200; Korn S. 29, 30; Otto S. 154; Schultze S. 68, 69.

[5]) R.-G. (III.) 16. April 1889 a. a. O.

[6]) O.-L.-G. Karlsruhe 2. Juni 1886, bad. Ann. Bd. 53 S. 146, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 256.

[7]) R.-G. (II.) Urt. v. 13. März 1891, Jur. Woch. S. 251 Nr. 16.

Partei behandelt werden und kann folglich in einem derartigen Prozess nicht als Nebenintervenient auftreten (Bem. I. 5 zu §§ 8 ff. S. 51). Daraus, dass der K.-V. das Anfechtungsrecht in seiner Eigenschaft als Verwalter des die Masse bildenden Vermögens ausübt, und der Gemeinschuldner Subjekt dieses Vermögens geblieben ist, folgt aber keineswegs, dass der Gemeinschuldner nach Beendigung des Kv. einen von dem K.-V. eingeleiteten Anfechtungsprozess weiter führen darf. Sein Anfechtungsrecht besteht nur für die Dauer des Kv., solange er die im Vermögen des Gemeinschuldners verbliebene aber zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Masse verwaltet, zu welcher die Rückgewähr erfolgt. Sobald das Kv. beendigt ist, erlischt dessen Anfechtungsrecht und treten die Gläubiger wieder in ihre Rechte. Der Gemeinschuldner kann auch mittelbar einen Anspruch auf Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht erlangen.[1]) Einzelne K.-Gl. sind übrigens nur insoweit befugt, einen von dem K.-V. geführten Anfechtungsprozess weiter zu führen, als der Prozess von dem betr. Gläubiger selbst vor der K.-E. eingeleitet und auf den K.-V. übergegangen war (§ 13 Abs. 1 und 4 des Anf.-Ges. Bem. I. 7 zu § 8 ff.) Die Frage, ob dieser für einen von ihm einzuleitenden Prozess das Armenrecht beanspruchen kann, ist bezüglich der Anfechtungsklage ebenso wie hinsichtlich der übrigen Klagen zu verneinen (Bem. I. 5 zu § 8 ff).

Ein Aussonderungsrecht oder ein Absonderungsrecht anzufechten, sind die einzelnen Gläubiger überhaupt nicht berechtigt, da es sich hiebei nur darum handelt, ob ein bestimmter Gegenstand der Masse entzogen wird, und die sich darauf beziehenden Ansprüche lediglich vom Verwalter zu wahren sind. Dagegen kann einem Gläubiger, der bezüglich des Streitgegenstandes gleichfalls ein Recht auf Aussonderung oder Absonderung beansprucht, das Recht nicht bestritten werden, die Ansprüche des anderen Gläubigers zu bekämpfen und seine eigenen geltend zu machen. In diesen Fällen handelt es sich aber nicht um eine Anfechtung auf Grund der §§ 23 ff.

§ 30.

Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

(E. § 30; M. S. 146 ff.; K. S. 27 ff.; pr. K.-O. § 106).

1) Nach § 22 übt die angefochtene Handlung, soweit es sich um die Befriedigung der K.-Gl. aus der Konkursmasse handelt, keine Wirkungen. Als Folge der begründeten Anfechtung „die Wiederherstellung des vor der Handlung bestandenen Rechtszustandes" zu bezeichnen, wurde vermieden, weil eine solche gesetzliche Bestimmung nach §§ 22 unnötig sei, des positiven Inhalts ermangeln und ausserdem dem Missverständnis Raum geben würde, „als ob auch andere Umstände ausserhalb der Handlung und deren Wirkungen, namentlich der inzwischen eingetretene Zeitablauf beseitigt und als ob eine Verpflichtung der K.-Gl. begründet werden sollte, auch den andern Teil in seine frühere Lage zurückzuversetzen" (M. S. 146 und 147). Deshalb wurde es für notwendig gehalten, die Verpflichtungen des Anfechtungsgegners in positiver Weise zu regeln. Diese Regelung konnte sich auf solche

[1]) Endemann S. 275; v. Völderndorff Bd. 1 S. 402; R.-G. (II.) 14. März 1882 u. (I.) 11. Juli 1885, Entsch. Bd. 7 S. 35, Bolze Bd. 2 Nr. 599; O.-L.-G. Colmar 15. Jan. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 216.

Fälle beschränken, in welchen eine Leistung des Anfechtungsgegners erforderlich ist, um die eingetretene Benachteiligung der Gläubiger wieder aufzuheben. Ist die durch eine angefochtene Handlung herbeigeführte Veränderung in den Grenzen rein obligatorischer Beziehungen geblieben, so wird die eingetretene Benachteiligung schon dadurch beseitigt, dass die mittels der angefochtenen Handlung begründeten Rechte oder Verpflichtungen dem K.-V. gegenüber keine Wirkungen äussern und ebenso der Untergang von Rechten des Gemeinschuldners gegen ihn nicht geltend gemacht werden kann. Durch die Unwirksamkeit der erwähnten Veränderungen wird der Bestand der Masse ohne eine besondere auf die Rückgewähr gerichtete Leistung des Anfechtungsgegners auf die Höhe gebracht oder auf der Höhe erhalten, welche er ohne die angefochtene Handlung haben würde. Eine Verpflichtung zur Rückgewähr besteht in diesen Fällen ebenso, wie bei der condictio indebiti promissi und der condictio liberationis. Aber die Rückgewähr besteht schon in der Anerkennung der Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung oder in dem Verzicht auf die dadurch bewirkten Veränderungen, weil auf diesem Wege der frühere Zustand wieder hergestellt wird. In dem Augenblicke, in welchem das der Anfechtung stattgebende Urteil die Rechtskraft erlangt, ist diese Art der Rückgewähr auch schon verwirklicht, ohne dass es, von der Rückgabe etwaiger Beweisurkunden abgesehen, weiterer Handlungen des Anfechtungsgegners oder der Vollstreckungsorgane bedürfte.[1]) Soweit es sich um andere Personen, insbesondere um den Gemeinschuldner selbst handelt, verliert die angefochtene Handlung nicht ohne weiteres ihre Wirksamkeit. Diese Personen dürfen sich auf die Unwirksamkeit nicht berufen, wenngleich die neugeschaffenen Rechtsverhältnisse auch ihnen zugut kommen können (Bem. III. 3 zu § 22 S. 107). Dass die Rückgewähr in Fällen des § 25 Z. 2 durch Beendigung des eheherrlichen Verwaltungsrechtes bedingt sei, ergiebt sich weder aus dem Wortlaute noch aus dem Grunde des Gesetzes.[2])

2) Der Umfang der dem Anfechtungsgegner obliegenden Verbindlichkeit ist durch § 30 genügend bestimmt. Deshalb sind in Ansehung dieser Bestimmung nicht die Landesgesetze heranzuziehen.[3]) Der Anfechtungsgegner wird zwar von der K.-O. hinsichtlich der Rückgewähr im allgemeinen ähnlich behandelt, wie unredliche Besitzer behandelt zu werden pflegen. Aber daraus folgt nicht, dass derselbe als unredlicher Besitzer nach Maassgabe des Landesrechtes zu haften hat (v. Bem. III. 1 zu § 22 S. 104). Die Anfechtungsklage ist nicht eine gegen einen unredlichen Besitzer gerichtete dingliche Klage. Der Umfang der Rückgewähr darf deshalb nicht entsprechend der Haftung des unredlichen Besitzers bestimmt werden.[4]) Abgesehen von der besonderen Vorschrift in § 30 Abs. 2 kommt für den Umfang der Rückgewähr nichts darauf an, ob die Anfechtung auf § 23 oder auf § 24 gestützt wird und ob der Anfechtungsgegner in gutem oder in bösem Glauben war.[5]) Auch ist es in dieser Beziehung gleichgültig, ob durch die Rückgewähr der Zustand vor der Rechtshandlung wiederhergestellt wird. Es kommt hiernach nichts darauf an, ob der Anfechtungsbeklagte, wenn eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in jeder Richtung erfolgte, dasjenige zu beanspruchen hätte, was er durch die angefochtene Rechtshandlung erlangt hat.[6]) Nur insoweit, als es sich um einen ausser der Rückgewähr geforderten Schadenersatz handelt, kann der erhobene Anspruch auf das Landesrecht gestützt und,

1) Krasnopolski S. 83; Menzel S. 236, 237, 247; v. Wilmowski S. 161; R.-G. (VI.) 5. Dez. 1887, Jur. Woch. 1888 S. 69.

2) R.-G. (VI.) 14. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 433.

3) Rassow in Gruchot Bd. 27 S. 166 ff.; v. Wilmowski S. 162; R.-G. (I.) 7. Nov. 1888; R.-G. (II.) 8. Nov. 1889, (VI.) 16. März 1891, Jur. Woch. 1889 S. 109 Nr. 13, Entsch. Bd. 24 S. 143, Jur. Woch. 1891 S. 252 Nr. 17. A. M.: v. Mandry S. 478; Otto S. 177, v. Sarwey S. 203; Stieglitz S. 175; Willenbücher S. 65 lit. e.

4) Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 47.

5) R.-G. (II.) 8. Nov. 1889 a. a. O.

6) R.-G. (II.) 6. Nov. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 374 ff.

soweit dem Anfechtungsgegner eine unerlaubte Handlung zur Last fällt (Bem. III. 1 zu § 22 S. 104), daraus ein besonderer Anspruch abgeleitet werden. Die K.-O., welche hiernach mit Ausschluss des Landesrechts in Ansehung der Rückgewähr allein maassgebend ist, verpflichtet den Anfechtungsgegner übrigens nicht bloss zur Rückgabe des Empfangenen. Er muss nach dem in § 30 aufgestellten Grundsatze, auf welchem auch § 27 Abs. 2 beruht, nicht das aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhaltene, sondern dasjenige zurückgewähren, was aus diesem Vermögen herausgekommen ist.[1]) Dieser Umfang der Verpflichtung des Anfechtungsgegners ist aber nicht dadurch zu erklären, dass die angefochtene Handlung als eine unerlaubte und der Anfechtungsgegner als unredlicher Besitzer anzusehen ist.[2]) Vielmehr soll die Rückgewähr, weil die Anfechtung mit Rücksicht auf die ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger gestattet worden ist, nach Maassgabe des Umfanges dieser Benachteiligung erfolgen (Bem. III. 1 zu § 22 S. 103, 104). Vom Standpunkte des K.-V. aus, welcher durch die Rückgewähr zur Masse dasjenige erhält, was dieser entzogen worden ist, hat die Rückgewähr immerhin den Charakter der Wiedererstattung. Die Bezeichnung, „was aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben worden ist“ umfasst alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, um welche das Vermögen des Gemeinschuldners verringert wurde. Soweit eine solche Verminderung stattgefunden hat, besteht hiernach die Rückgewähr in der Zurückgabe der Sachen, welche als solche oder (wie Wechsel, Inhaberpapiere, Lagerscheine) als Träger von Forderungen Bestandteile des Vermögens des Gemeinschuldners waren. Hatte der Gemeinschuldner eine Forderung übertragen, so ist sie zurückzuübertragen, und, wenn der Betrag erhoben wurde, dieser dem K.-V. zu bezahlen; dabei ist es unerheblich, unter welchen Bedingungen der beklagte Erwerber weiter veräussert und ob er selbst den vollen Wert der Forderung erhalten hat.[3]) Auch soweit es sich um bewegliche Sachen handelt oder der Erwerb des Eigentums an Grundstücken nicht in das Grundbuch einzutragen ist, kann die Einräumung eines Pfandrechtes zugunsten der Masse, wobei zudem die Festsetzung des Betrages der Forderung Schwierigkeiten bereiten würde, nicht genügen.[4]) Müssen die im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragenen, die Gläubiger benachteiligenden Rechte oder Belastungen beseitigt oder dem K.-V. solche Rechte, welche ehemals eingetragen waren, aber gelöscht worden sind, zurückgewährt werden, so erfolgt die Rückgewähr durch die hierzu erforderlichen Erklärungen, welche als abgegeben gelten, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat (§ 779 C.-P.-O.).

Die Worte „was aufgegeben ist“ enthalten auch die Bestimmung, dass in allen Fällen, in welchen die Rückgewähr in Natur ganz oder teilweise ausgeschlossen ist, Wertersatz geleistet werden muss.[5]) Diese Ersatzpflicht tritt insbesondere ein, wenn die zurückzugewährende Sache untergegangen ist,[6]) oder wenn eine Verschlechterung oder Veräusserung

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 347; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 47; Hartmann S. 164; Rassow a. a. O. S. 166; R.-G. (III.) 23. März 1888, Jur. Woch. 1888 S. 178. A. M.: Cosack S. 164, 244 ff.; Menzel S. 63, 233 ff., 240, 243.

[2]) So Dernburg a. a. O.; Fitting S. 164; Jäckel S. 183; Menzel S. 237 ff.; v. Sarwey S. 201; Stieglitz S. 174; Wengler S. 238, 239; R.-G. (III.) 23. März 1888 a. a. O. Vgl. dagegen insbes. Korn S. 231, 232; v. Wilmowski S. 162.

[3]) R.-G. (III.) 23. März 1888 a. a. O., (III.) 23. Mai 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 263.

[4]) A. M. Grützmann S. 223, 224.

[5]) Cosack S. 249 ff.; Dernburg Bd. 2 § 131; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 47; Endemann S. 284; Fitting S. 164; Grützmann S. 229, 230; Jäckel S. 181 ff., Korn S. 226 ff.; v. Mandry § 50 Anm. 37; Otto S. 177; Rassow in Gruchot Bd. 27 S. 166 und die Kommentare; R.-G. (V.) 9. und 20. Dez. 1882, (III.) 20. April 1883, (II. 21. März 1884, 26. Juni und 13. Okt. 1885, (VI.) 2. Juni 1886, (II.) 11. Juni 1886, Jur. Woch. 1883 S. 79 und 138, Entsch. Bd. 9 S. 66 ff., bes. 70 ff., Jur. Woch. 1886 S. 248, Bolze Bd. 2 Nr. 602, 604, Bd. 3 Nr. 387; bayer. ob. Landesg. 7. Dez. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 167 ff. A. M.: nur Harburger S. 394.

[6]) V. dag. Cosack S. 246, 251; Grützmann S. 230; Hartmann S. 166; Menzel S. 249 ff.; Otto S. 168.

derselben stattgefunden hat. Der Anfechtungsgegner hat also die Gefahr zu tragen. Im Falle des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache ist er aber zum Beweis zuzulassen, dass die Veränderungen auch dann eingetreten sein würden, wenn die Sache im Vermögen des Gemeinschuldners verblieben wäre. Wird dieser Beweis geführt, hat z. B. das veräusserte Tier schon z. Z. der Veräusserung an der Krankheit gelitten, welche dessen Tod herbeiführte, so braucht der Anfechtungsgegner nur die Sache selbst oder dasjenige, was von ihr übrig geblieben ist, herauszugeben, da sonst eine Bereicherung der Masse erfolgen würde.[1]) Auch wenn der Anfechtungsgegner die zurückzugewährende Sache veräussert hat, ist deren Wert zu ersetzen. Dieser wird in der Regel dem bezogenen Kaufpreis entsprechen, so dass der Anfechtungsgegner zu dessen Herausgabe verpflichtet ist und dadurch auch von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Eine Übereinstimmung zwischen Kaufpreis und Wert braucht aber nicht notwendig vorzuliegen. Ist unter dem Wert verkauft worden, so hat der Anfechtungsgegner nach dem aufgestellten Grundsatz den vollen Wert zu ersetzen. Sollte infolge eines Irrtums ein höherer als der wirkliche Wert bezahlt worden sein, so ist der Anfechtungsgegner nur zum Ersatz dieses Wertes, um welchen die Masse geschädigt wurde, nicht aber zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet.[2]) Das bürgerliche Recht ist nach dem oben Gesagten nicht maassgebend.[3]) Was die Sache für den Gemeinschuldner wert war, ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es nur darauf an, welchen Wert sie als Bestandteil der zu versilbernden Masse haben würde. Wenn der Anfechtungsgegner Wertpapiere zu einem höheren als demjenigen Kurs veräussert hat, welchen der K.-V. erzielen könnte, ist hiernach der erzielte Mehrwert nicht zu ersetzen. Hat der Gemeinschuldner an mehrere Personen Gegenstände veräussert, welche zur Zeit der Rückgewähr nicht mehr vorhanden sind, so ist in Ansehung der Verpflichtung hiezu das Verhältnis maassgebend, in welchem die einzelnen Personen dem Gemeinschuldner gegenüber am Geschäfte beteiligt waren. Eine Haftung jedes einzelnen für die ganze zu ersetzende Summe ist nicht begründet.[4])

Der Anfechtungsgegner hat nicht bloss die veräusserte Sache selbst, sondern auch alles dasjenige zurückzugewähren, was dem Vermögen des Gemeinschuldners mittelbar entzogen, also immerhin weggegeben oder aufgegeben worden ist. Alles, was sich in der Masse befinden würde, wenn die angefochtene Handlung nicht vorgenommen worden wäre, muss ersetzt werden.[5]) Hierzu gehören ausser dem Zuwachs der Sache vor allem die vom Anfechtungsgegner gezogenen Früchte, gleichviel ob sie noch in Natur vorhanden oder schon verzehrt sind.[6]) Ausser diesen Früchten müssen, da es nicht darauf ankommt, was der Anfechtungsgegner bezogen hat, sondern darauf, was der Masse entgangen ist, auch diejenigen Früchte ersetzt werden, welche der Gemeinschuldner oder der Verwalter hätte ziehen können.[7]) Ferner sind, soweit es sich um den Ersatz einer Geldsumme handelt, die Zinsen zu vergüten, welche der Masse entgangen sind. Dass solche hätten gezogen werden können, ist nicht bloss dann anzunehmen, wenn ein verzinslich angelegtes Kapital veräussert wurde, sondern in der Regel auch dann, wenn zur Zeit der Veräusserung eine verzinsliche Anlage nicht vorhanden war. Bei den heutigen Verhältnissen kann nicht be-

[1]) Jäckel S. 185; Korn S. 232; v. Wilmowski S. 163.

[2]) V. dag. Hartmann S. 165; Jäckel § 11 Anm. 28; Korn S. 229; Meisner S. 134; Stieglitz S. 175; O.-L.-G. Kiel 12. März 1885, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 305.

[3]) A. M.: Fitting S. 164; v. Sarwey S. 202, 203; Wengler S. 238.

[4]) R.-G. (II.) 18. Nov. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 141 ff.

[5]) Cosack S. 249 ff., 290 ff.; v. Wilmowski S. 162; R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 109, Bolze Bd. 7 Nr. 294.

[6]) Cosack S. 290, 291; Endemann S. 284; Hartmann S. 167; Jäckel S. 184; v. Wilmowski S. 163. A. M.: Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 47.

[7]) So auch Hartmann und v. Wilmowski a. a. O. A. M.: Cosack S. 291.

hauptet werden, dass es an der Gelegenheit zu einer verzinslichen Anlage gefehlt habe.[1]) Soweit für veräusserte Sachen Ersatz in Geld zu gewähren ist (s. oben S. 160, 161), sind auch Zinsen der Geldsumme vom Tage der Klage an zu vergüten.[2]) Etwaige Nutzungen der veräusserten Sachen würden die Höhe des zu ersetzenden Wertes und damit auch die Höhe des von der Klageerhebung an zu verzinsenden Kapitals steigern. Ob auch Mietzins oder Pachtzins zu vergüten ist, hängt von den thatsächlichen Verhältnissen ab. Hat der Anfechtungsgegner solche Zinsen gezogen, so wird in der Regel anzunehmen sein, dass auch der Gemeinschuldner oder K.-V. die Sache hätte vermieten oder verpachten können. Die Belastungen, welche der zurückzugewährenden Sache nach der Veräusserung auferlegt wurden (Hypotheken, Grundschulden, Dienstbarkeiten u. s. w.), hat der Anfechtungsgegner zu beseitigen, gleichviel ob er selbst die Belastung vorgenommen hat oder ob sie gegen seinen Willen durch gerichtlichen Zwang herbeigeführt worden ist.[3]) Soweit die Benachteiligung durch eine anfechtbare Unterlassung verursacht worden ist (Bem. I. 3 zu § 22 S. 97), besteht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Anfechtungsgegner bloss die Möglichkeit gewähren muss, die unterlassene Handlung nachzuholen,[4]) oder ob er verpflichtet ist, den gemachten Erwerb bezw. Ersatz dafür zurückzugewähren.[5]) Da die Unterlassung sehr verschiedene Wirkungen haben kann, lässt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Ist infolge der Unterlassung eines Erbschaftsantrittes ein Dritter in die Lage gekommen, die Erbschaft zu erwerben, so sind nicht die zur Erbschaft gehörigen Vermögensgegenstände aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden. Es wurde vielmehr nur das Recht, die Erbschaft anzutreten, aufgegeben. Deshalb kann auch nur dieses Recht zurückgewährt werden,[6]) das für den K.-V., da er selbst die Erbschaft nicht antreten kann (Bem. III. 3 zu § 1 S. 11 a. E.), regelmässig wertlos sein wird. Hat dagegen der Gemeinschuldner durch eine auf das Verfahren bezügliche Unterlassung den Verlust eines Prozesses herbeigeführt, so ist der Streitgegenstand bezw. sein Wert weggegeben worden. Deshalb muss, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Prozess ohne die Unterlassung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, der weggegebene Vermögensgegenstand oder die bezahlte Summe zurückgewährt werden. Ähnlich liegt die Sache, wenn der Gemeinschuldner eine Verjährungsfrist oder Protestfrist verstreichen liess und dadurch die verjährte Forderung bezw. den Wechselregressanspruch verlor. Hier besteht die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung darin, dass sich der Schuldner auf den Untergang der Forderung nicht berufen darf (Bem. III. 2 zu § 22 S. 106). Die Rückgewähr aber liegt darin, dass die Ausübung des durch die Unterlassung verlorenen Rechtes durch den K.-V. für zulässig erklärt wird.

Zur Rückgewähr ist derjenige verpflichtet, der infolge der anfechtbaren Handlung etwas aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erlangt hat. Gegen diese Person ist die Anfechtung zu richten. Ob der Anfechtungsgegner zur Zeit der Anfechtung die veräusserte oder weggegebene Sache noch besitzt, ist gleichgültig.[7]) Hatte der Gemeinschuldner eine Forderung übertragen und ist diese eingezogen worden, so muss der Anfechtungsgegner die erhobenen Beträge auch dann zurückgewähren, wenn ein Dritter sie in seinem Auftrag oder

[1]) R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 109, Bolze Bd. 7 Nr. 294. A. M. Cosack S. 291, 292.

[2]) R.-G. (II.) v. 8. Nov. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 141 ff., bes. 145 ff.

[3]) R.-G. (V.) 25. Jan. 1882, (VI.) 9. Mai 1887, 9. Mai u. 17. Okt. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 429, Jur. Woch. 1887 S. 273; Bolze Bd. 8 Nr. 247 u. 265; bayer. ob. Landesg. 28. Okt. 1885, Samml. Bd. 11 S. 238, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 164.

[4]) So Jäckel S. 188; v. Völderndorff Bd. 1 S. 308.

[5]) Harburger S. 398.

[6]) Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 115 ff.

[7]) O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Ann. Bd. 7 S. 501.

mit seiner Genehmigung eingezogen hat.[1] Der K.-V. hat nicht bloss die Thatsache, dass eine anfechtbare Rechtshandlung erfolgt ist, sondern auch die weitere Thatsache zu beweisen, dass dem Anfechtungsgegner aus dem Vermögen des Gemeinschuldners etwas zugewendet wurde. Für den Umfang der Rückgewähr kommt allerdings nicht bloss in Betracht, was der Anfechtungsgegner erlangt hat. Aber von demjenigen, der überhaupt nichts aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhielt, kann „Rückgewähr" nicht verlangt werden. Hat der Anfechtungsgegner den zurückzugewährenden Gegenstand veräussert, so kann er den K.-V. auch dann nicht an denjenigen verweisen, der von ihm die Sache erworben hat, wenn der erstere berechtigt ist, sich (nach § 33) an letzteren zu halten. Art. 1226 Abs. 2 der bayer. P.-O., nach welchem dies geschehen konnte, ist durch § 4 E.-G. aufgehoben.[2] Sofern die unmittelbare Inanspruchnahme eines Rechtsnachfolgers des ursprünglichen Anfechtungsgegners erfolgt, ist zunächst § 33 Abs. 2 maassgebend. Auch soweit dieser nicht zutrifft, kann aber der K.-V. gegen den Rechtsnachfolger oder jeden Dritten diejenigen Klagen anstellen, welche nach dem geltenden Rechte zufolge der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung begründet sind. Im Gebiete des rhein. Rechts kann er gemäss Art. 1166 C. c. gegen den Dritten alle diejenigen Klagen erheben, welche dem Anfechtungsgegner (seinem Schuldner), gegen den Dritten zustehen. Einer besonderen Abtretung bedarf es hierzu nicht.

3) Die in § 30 Abs. 1 vorgesehene Verpflichtung zur Rückgewähr erschien gegenüber dem Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, der seinen guten Glauben nachweisen kann, als zu hart. Während der Empfänger einer entgeltlichen Leistung das dem Gemeinschuldner hingegebene nach § 31 zurückfordern kann, müsste der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, falls er nach § 30 Abs. 1 behandelt würde, das Zurückzugewährende dann aus seinem eigenen Vermögen entnehmen, wenn das Empfangene gestohlen oder verloren oder für Genüsse verwendet wurde, welche sich der Empfänger ohne die unentgeltliche Zuwendung nicht verschafft hätte. Dies wäre unbillig, soweit der Empfänger sich in gutem Glauben befand. Deshalb soll der Empfänger hier nur insoweit zur Rückgewähr verpflichtet sein, als er durch die Zuwendung bereichert worden ist.

Bezüglich des Umfanges der nach Abs. 2 zu bewirkenden Rückgewähr ist der Zeitpunkt entscheidend, in welchem der K.-V. dem Empfänger gegenüber das Anfechtungsrecht ausgeübt hat. Durch die Anfechtung wird zwar der Anfechtungsgegner noch nicht notwendig in bösen Glauben versetzt. Aber er muss sich von da an, wenn er nicht sofort die Rückgewähr vornehmen will, falls seine Verpflichtung hierzu anerkannt wird, als Verwalter fremden Gutes behandeln lassen. Die in diesem Zeitpunkt vorhandene Bereicherung muss er deshalb auch dann herausgeben, wenn sie sich in der nachfolgenden Zeit verringert haben sollte. Eine Bereicherung ist nicht bloss vorhanden, wenn der Gegenstand der Zuwendung selbst sich noch im Vermögen des Anfechtungsgegners befindet. Sie liegt auch insoweit vor, als das Vermögen des Anfechtungsgegners durch die unentgeltliche Zuwendung mittelbar vermehrt worden ist, indem für den veräusserten Gegenstand Entgelt gewährt wurde oder durch dessen Verwendung oder Verwertung andere Aufwendungen erspart worden sind. Der K.-V. braucht auch im Falle des Abs. 2 nur nachzuweisen, dass der Gegenstand der Zuwendung in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt ist. Behauptet dieser, dass eine Veränderung stattgefunden habe und infolge dessen eine Bereicherung nicht mehr oder nur in geringerem Umfange vorliege, so muss er dies nachweisen.[3] Als gut-

[1] R.-G. (III.) 23. März 1888, Jur. Woch. S. 178.

[2] Dernburg Bd. 2 § 131; v. Sarwey S. 202; v. Völderndorff Bd. 1 S. 406 Anm. 13; Willenbücher S. 65 lit. d.; v. Wilmowski S. 161; R.-G. (I.) 16. Dez. 1879, Gruchot Bd. 24 S. 1068.

[3] Endemann S. 287; Fitting § 18 Anm. 11; v. Wilmowski S. 165 Nr. 5 a. E.; Urt. des R.-O.-H.-G. vom 5. März 1875 und 14. Juni 1877, Entsch. Bd. 16 S. 164 ff., bes. 166, Bd. 22 S. 296 ff., bes. 299 ff.

gläubig ist der Empfänger jedenfalls dann nicht zu behandeln, wenn er von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hatte. Aber die Kenntnis dieser Absicht ist nicht der einzige Umstand, durch welche der gute Glaube ausgeschlossen wird. Vielmehr ist der Empfänger in allen Fällen als bösgläubig im Sinne des Abs. 2 anzusehen, in welchen er Kenntnis davon hatte, dass die unentgeltliche Leistung eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger enthalte.[1]) Insbesondere kann die Kenntnis der Zahlungseinstellung, des Eröffnungsantrages und der auf Grund des § 98 K.-O. getroffenen Verfügungen den guten Glauben ausschliessen. Der letztere liegt nur dann vor, wenn der Anfechtungsgegner der Ansicht war, es sei eine anfechtbare Handlung nicht vorhanden. Den bösen Glauben des Empfängers der unentgeltlichen Leistung hat nicht der K.-V. zu beweisen, wie in den Mot. (S. 148) angenommen wurde. Dieser entledigt sich seiner Beweislast, wenn er nachweist, dass die unentgeltliche Verfügung nach § 25 der Anfechtung unterliegt. Hat er diesen Beweis geführt, so ist der Anfechtungsgegner nach § 30 Abs. 1, der im allgemeinen auch für unentgeltliche Verfügungen gilt und nicht voraussetzt, dass eine Bereicherung stattgefunden hat, zur Rückgewähr verpflichtet. Behauptet der Anfechtungsgegner, dass die besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 vorlägen, so muss er diese nachweisen.[2]) Dies gilt nicht bloss für die in § 25 Z. 2 vorgesehenen Fälle,[3]) sondern auch für jene des § 25 Z. 1. In dem einen wie in dem andern Falle ist die Anfechtungsklage nicht eine blosse Bereicherungsklage, soll vielmehr wegen der ungerechtfertigten Benachteiligung der Gläubiger Rückgewähr des der Masse Entzogenen eintreten. Nur unter besonderen Voraussetzungen wird der Umfang der Rückgewähr beschränkt und der Anfechtungsgegner schon dadurch befreit, dass er dasjenige herausgiebt, um was er bereichert worden ist. Die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher durch Abs. 2 die Beweislast in anderer Weise geregelt ist, könnte nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn gesagt wäre, dass der K.-V. hier den bösen Glauben des Anfechtungsgegners beweisen müsse. Das ist aber im Gesetze in keiner Weise angedeutet und umsoweniger anzunehmen, als auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften der Anfechtungsgegner nicht bösgläubig zu sein braucht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes („der gutgläubige Empfänger") könnte es scheinen, dass bezüglich der Frage, ob Abs. 2 des § Anwendung zu finden hat, lediglich der Zeitpunkt entscheidend sei, in welchem die Leistung empfangen wurde. Diese Auslegung entspricht aber nicht dem Sinne des §, durch welchen dem Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nur insoweit, also auch nur solange, ein besonderer Schutz gewährt werden soll, als er sich in gutem Glauben befindet. Damit sich der Anfechtungsgegner auf Abs. 2 berufen und die Rückgewähr auf das Maass der Bereicherung beschränken kann, wird hiernach vorausgesetzt, dass sein guter Glaube fortgedauert und noch in dem Zeitpunkt bestanden hat, in welchem die Veränderung, auf welche er sich beruft (Veräusserung, Verlust u. s. w.), eingetreten ist. Wenn er sich zunächst in gutem Glauben befand, braucht er nur dasjenige herauszugeben, um was er bereichert war, als der gute Glaube aufhörte. Die Handlungen, durch welche sich die Bereicherung nach diesem Zeitpunkt verringerte, kommen aber nicht mehr in Betracht.[4]) Ein Antrag, am Schluss des Abs. 2 die Worte beizufügen: „so lange er im guten Glauben sich befand", wurde in der Reichstagskommission erst abgelehnt, nachdem bemerkt worden war, der Zusatz sei überflüssig (K. S. 28). Der Anfechtungsgegner haftet für die in dem er-

[1]) Cosack S. 252, 299; Endemann S. 285, 286; Hartmann S. 173; Kranichfeld S. 43; v. Sarwey S. 202; v. Völderndorff Bd. 1 S. 407; v. Wilmowski S. 164 Nr. 3. A. M. Jäckel S. 195, 196; Korn S. 99.

[2]) Cosack S. 302; Hartmann S. 175; Korn S. 99; v. Sarwey S. 206. A. M.: Endemann S. 286; Fitting S. 168 § 18 Anm. 12; Jäckel S. 198; Kranichfeld S. 43; Stieglitz S. 166; v. Völderndorff Bd. 1 S. 406; Willenbücher S. 66; v. Wilmowski S. 164 Nr. 3.

[3]) So Fitting, v. Völderndorff u. v. Wilmowski a. a. O.

[4]) Cosack S. 299; Endemann S. 286; Fitting S. 168; Jäckel S. 198 und die Kommentare.

wähnten Zeitpunkte vorhandene Bereicherung nach Abs. 1. Hat er nachgewiesen, dass er zur Zeit des Empfanges in gutem Glauben war, so muss der K.-V., wenn er behauptet, der gute Glaube habe später aufgehört, dies beweisen. Dieser Glaube hört übrigens nur dadurch auf, dass der Empfänger nachträglich davon Kenntnis erlangt, die unentgeltliche Verfügung sei anfechtbar. Der Umstand, dass eine solche Verfügung in einem späteren Zeitpunkte nicht mehr getroffen werden könnte, ist unerheblich.

4) Da die Masse durch die Rückgewähr nicht bereichert werden soll, muss der K.-V. sich jeden Betrag auf die Rückgewähr anrechnen lassen, welcher bereits auf anderem Wege aus dem Vermögen des zur Rückgewähr Verpflichteten mittelbar oder unmittelbar in die Masse zurückgeflossen ist. Hatte z. B. der zum Wertsersatz verurteilte Käufer seinerzeit den Kaufpreis an einen Gläubiger des Gemeinschuldners entrichtet und hatte der Gläubiger nach Anfechtung seiner Forderung den auf diese gezahlten Betrag zurückgewährt, so ist damit auch der an ihn gezahlte Kaufpreis zurückgewährt worden und muss deshalb auf den vom Käufer zu leistenden Wertsersatz angerechnet werden.[1]) Ebenso ist derjenige Betrag auf die Rückgewähr an die Masse anzurechnen, welcher auf Grund einer ausserhalb des Kv. erfolgten Anfechtung an einen einzelnen Gläubiger in unanfechtbarer Weise zurückgewährt worden ist, denn auf diesem Wege ist der Schuldner befreit und sind die Passiven der Masse verringert worden. Damit ist aber die ursprünglich vorhandene Benachteiligung der Masse aufgehoben. Eine Benachteiligung ist ebensowenig mehr vorhanden, als wenn der Gemeinschuldner vor der K.-E. unmittelbar in unanfechtbarer Weise an jenen Gläubiger gezahlt hätte, welcher im Wege der Anfechtung ausserhalb des Kv. befriedigt worden ist.[2]) Wegen der gemeinschaftlichen Verpflichtung mehrerer Anfechtungsbeklagter v. Bem. 2 S. 161.

§ 31.

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

§ 32.

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

(E. §§ 31 und 32; M. S. 188 ff.; K. S. 27 ff.; pr. K.-O. §§ 107 und 108.)

1. Rückerstattung der Gegenleistung oder ihres Wertes aus der Masse. (§ 31 Satz 1.)

Falls eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vom K.-V. mit Erfolg angefochten wird und deshalb § 30 Abs. 1 zur Anwendung kommt, hat der zur Rückgewähr Verpflichtete nicht schon deshalb Anspruch auf Zurückerstattung dessen, was er an den Gemeinschuldner geleistet hat, weil seine Rückgewähr zur Masse erfolgt (Bem. 2). Vielmehr ist ein solcher Anspruch nur dann begründet, wenn sich das Geleistete in der Masse vorfindet oder diese um dessen Wert bereichert ist, weil ein Gegenwert in der Masse vorhanden ist. Die Rückgabe aus der Masse kann hiernach verlangt werden, wenn es

[1]) R.-G. (II.) 8. Nov. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 141 ff., bes. 145 ff.

[2]) R.-G. (II.) 8. Nov. 1889 a. a. O.

sich um einen bestimmten Gegenstand handelt, der in der Masse enthalten ist oder doch darin zur Zeit der K.-E. vorhanden war und zum Vorteil der Masse veräussert wurde. Ebenso ist ein derartiges Begehren gerechtfertigt, falls die Gegenleistung erst nach der Eröffnung des Kv. an den K.-V. bewirkt worden ist, oder der Kaufpreis der an den Gemeinschuldner geleisteten und von diesem veräusserten Sache noch aussteht und der Masse zugut kommt. Durch den Kaufpreis, welchen der K.-V. einziehen kann, ist die Masse bereichert, obwohl diese Bereicherung auf dem vor der K.-E. stattgefundenen Erwerb der Forderung beruht. Nur darauf, ob die Gegenleistung oder ein Gegenwert dafür noch in der Masse nachweisbar ist, kann es aber ankommen, nicht darauf, ob die Bereicherung aus der Zeit vor der K.-E. stammt oder erst später erfolgte.[1]) Besteht der vorhandene Wert in einer bestimmt unterscheidbaren Sache, so ist der erwähnten Voraussetzung stets genügt, auch wenn eine vertretbare Sache z. B. in einem versiegelten Umschlag befindliches Geld in Frage steht. Gelangte der Gegenstand der Gegenleistung erst nach der K.-E. in die Masse, so ist diese, wenn der Gegenstand nicht vor der Versilberung untergangen oder in anderer Weise abhanden gekommen ist, stets um dessen Wert bereichert.

In allen diesen Fällen erfährt jedoch der Anspruch auf Rückgewähr nicht von Rechts wegen, sondern nur durch Geltendmachung des Erstattungsanspruchs eine Minderung. Von einer Minderung der erstern Art ist jedenfalls dann keine Rede, wenn der Anspruch auf Rückgewähr sich auf einen Gegenstand anderer Art richtet, als derjenige ist, welcher die Bereicherung der Masse bildet, wenn z. B. der Verkäufer den vom Gemeinschuldner gezahlten Kaufpreis zurückzugewähren, der K.-V. aber die noch in der Masse befindliche gekaufte Sache zurückzuerstatten hat. Aber auch bei Gleichartigkeit des Gegenstandes der Rückgewähr und der Bereicherung der Masse könnte eine ipso jure eintretende Minderung des Rückgewähranspruches nur dann angenommen werden, wenn der Prozessrichter von Amts wegen das Vorhandensein einer Bereicherung der Masse feststellen dürfte, was nach § 279 C.-P.-O. ausgeschlossen ist.[2]) Übrigens begründet der Anspruch auf Zurückgabe der Gegenleistung nicht, wie in den Mot. (S. 149) angenommen wurde, ein Aussonderungsrecht, denn die Anfechtung hat nur obligatorische, nicht dingliche Wirkung (Bem. III. 2 zu § 22 S. 106). Die Verpflichtung zur Zurückerstattung ist vielmehr als eine Masseschuld (52 Z. 3) anzusehen.[3]) Wenn an den Gemeinschuldner eine Summe Geldes bezahlt wurde, oder wenn die Sachen, welche den Gegenstand der Leistung bildeten, noch vor der K.-E. vom Gemeinschuldner veräussert worden sind und der Erlös an diesen bezahlt wurde, also nicht nachweislich der Masse zugut kam, findet § 31 Satz 1 keine Anwendung.

Die Erstattung der Gegenleistung hat nur dann zu erfolgen, wenn der Anfechtungsgegner seiner Verpflichtung zur Rückgewähr vollständig genügt, nicht aber dann, wenn diese, z. B. weil der Gegner selbst in Konkurs geraten ist, unterbleibt. Auch kann der Anfechtungsgegner nicht verlangen, dass die Gegenleistung erstattet wird, ehe die Rückgewähr bewirkt ist; insbesondere darf er nicht der Anfechtung den Einwand entgegensetzen, dass die Gegenleistung noch nicht erstattet sei. Vor erfolgter Rückgewähr liegt eine Bereicherung der Masse überhaupt nicht vor.[4]) Andererseits kann der Anfechtungsgegner

[1]) Cosack S. 273 ff.; Dernburg Bd. 2 § 131 Anm. 5; Eck in Goldschmidts Z. Bd. 28 S. 399; Endemann S. 289; Grützmann S. 238; v. Mandry S. 480; Otto S. 181; Stieglitz S. 179. A. M. Fitting § 18 Anm. 9; Meisner S. 140; v. Völderndorff Bd. 1 S. 413 ff.; v. Wilmowski S. 167.

[2]) A. M. Cosack S. 276 und in Goldschmids Z. Bd. 37 S. 569.

[3]) Eck u. Fitting a. a. O.; Fuchs S. 55; Grützmann S. 236 ff.; Korn S. 239; Krasnopolski S. 99; Meisner S. 139; v. Sarwey S. 207; Stieglitz S. 178, 179; Willenbücher S. 67; v. Wilmowski S. 166. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 412 Anm. 5.

[4]) R.-G. (II.) 18. Mai 1886, Entsch. Bd. 16 S. 23; Eccius in Gruchot Bd. 25 S. 161; Fitting § 18 Anm. 6 und die Kommentare.

beanspruchen, dass gleichzeitig mit der Rückgewähr, durch welche er seinerseits den früheren Zustand wieder herstellt, das gleiche seitens des K.-V. durch Erstattung der Gegenleistung geschieht. Die Rückgewähr hat daher von beiden Seiten nur „Zug um Zug" zu erfolgen.[1]) Handelt es sich beiderseits um Geldzahlung oder um gleichartige Leistungen anderer Art, bei denen die Aufrechnung zulässig ist, so kann der Anfechtungsgegner den Betrag der Gegenleistung auf seine Leistung aufrechnen.[2]) Erfolgt die Rückgewähr nur teilweise, so hat die Erstattung der Gegenleistung keineswegs ganz zu unterbleiben. Vielmehr muss sie stets in dem Verhältnisse erfolgen, in welchem das Vorhandensein der Gegenleistung mit Rücksicht auf die teilweise Rückgewähr noch eine Bereicherung der Masse darstellt.[3])

2. *Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs. (§ 31 Satz 2).*

Nach § 31 Satz 2 können die Gläubiger, denen ein Masseanspruch nach Satz 1 nicht zukommt, ihren Anspruch auf Rückerstattung des an den Gemeinschuldner Geleisteten bezw. auf Ersatz des Wertes als Konkursforderung geltend machen. Sie sind also in derselben Lage wie andere Gläubiger, welche eine Leistung vom Gemeinschuldner zu beanspruchen haben, die vom K.-V. abgelehnt wird. Auch ihr Anspruch wandelt sich, sofern er nicht schon von vornherein auf Geld gerichtet war, in eine Geldforderung um. Hierbei werden Fälle vorausgesetzt, in denen Gegenansprüche erhoben werden, welche auf Satz 1 nicht gestützt werden können, weil weder die Gegenleistung noch deren Wert sich in der Masse befindet. In solchen Fällen liegt eine Bereicherung der letzteren nicht vor, obgleich die Gegenleistung dem Gemeinschuldner zugut gekommen sein kann. Es besteht sonach nur ein Entschädigungsanspruch, welcher als Konkursforderung geltend zu machen ist. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift bedarf man nicht der Annahme, dass die Masse als „Rechtssubjekt" angesehen werde,[4]) denn auch ohne letztere Annahme lässt sich das die Masse bildende, durch § 1 genau begrenzte, Sondervermögen des Gemeinschuldners sehr wohl von dem schon vor der K.-E. vorhandenen, aber durch das Verfahren nicht betroffenen Vermögen desselben unterscheiden (Bem. III. 1 zu § 5 S. 34). Ob eine unredliche Absicht des Anfechtungsgegners bei dem Abschluss des Geschäftes dessen Konkursforderung ausschliesst, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen, welches bezüglich der Frage maassgebend ist, ob ein Rückforderungs- bezw. Entschädigungsanspruch besteht. Die K.-O. bestimmt nur, dass ein derartiger Anspruch, wenn er überhaupt begründet ist, als Konkursforderung geltend gemacht werden muss. Der zweite Satz des § bezieht sich übrigens nicht bloss auf den Ersatz für Gegenleistungen, sondern auch auf Gegenforderungen anderer Art, insbesondere auf solche, welche die Entschädigung für Früchte oder für Verwendungen auf die zurückgewährte Sache betreffen oder in einer Verschlechterung des dem Anfechtungsgegner zurückerstatteten Gegenstandes ihren Grund haben. Die Geltendmachung derartiger Ansprüche kann nicht aus dem Grunde bekämpft werden, weil die anfechtbare Handlung ohne weiteres als eine unerlaubte anzusehen sei[5]) (Bem. III. 1 zu § 22 und Bem. I. 2 zu § 23). Sonst hätte der zweite Satz, welcher beweist, dass die anfechtbare Handlung an sich nicht allgemein als eine unerlaubte gilt, keinen Sinn. Ausserdem müsste, wenn die bekämpfte Auffassung richtig wäre, auch in den Fällen des § 30 Satz 1 und des § 32 regelmässig geprüft

[1]) V. hiezu Grützmann, v. Sarwey und v. Völderndorff, welche nur darüber verschiedener Meinung sind, ob der Anfechtungsgegner oder der K.-V. zuerst zu leisten habe, ferner Cosack S. 280, v. Wilmowski S. 166, denen beizutreten ist, und R.-O.-H.-G. 27. April 1876 a. a. O.

[2]) Cosack S. 280; Eccius a. a. O.; Grützmann S. 238 Anm. 766; R.-G. (II.) 8. Mai 1886 a. a. O.

[3]) A. M. Otto S. 180.

[4]) So v. Völderndorff Bd. 1 S. 414 Anm. 9.

[5]) Jäckel S. 202, 203; Otto S. 181; v. Wilmowski S. 168. A. M. Korn S. 240 ff.; v. Sarwey S. 177; Stieglitz S. 180.

werden, ob nicht nach dem Landesrechte der Geltendmachung der Ansprüche das Vorhandensein einer turpis causa im Wege stehe. Soweit § 30 Abs. 2 Anwendung findet, vermindert jeder Aufwand die Bereicherung, braucht also nicht erst ein Ersatzanspruch als Konkursforderung geltend gemacht zu werden.[1])

3. *Wiederaufleben der Forderung des Empfängers der angefochtenen Leistung.* (§ 32.)

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Forderung des Gläubigers, wenn die Tilgung anfechtbar und das Empfangene zurückzugewähren ist, wieder in Kraft tritt, der Gläubiger sie daher zur Masse anmelden kann. Während § 31 mit Rücksicht auf die von dem Anfechtungsgegner bewirkte Leistung eine Ersatzforderung gewährt, handelt § 32 von dem Ersatz für die untergegangene Forderung, welcher in der Weise erfolgt, dass diese Forderung wieder auflebt. Dies ist selbstverständlich nur dann der Fall, wenn lediglich die Leistung des Gemeinschuldners als solche angefochten wurde, nicht wenn diese Leistung d eshalb zurückgewährt werden musste, weil das Rechtsgeschäft, aus welchem die getilgte Forderung entsprungen ist, der Anfechung unterliegt. Die Vorschrift des § 32 unterscheidet sich wesentlich von derjenigen in § 31; insbesondere ist die Frage, ob ein Anspruch überhaupt bestehen soll, nicht dem Landesrechte überlassen. Deshalb dürfen die Bestimmungen des § 31 nicht auf die unter § 32 gehörigen Fälle entsprechend angewendet werden.[2]) Da die frühere Forderung des Anfechtungsgegners „wieder in Kraft tritt", nicht eine neue Forderung begründet wird, kann derselbe seine Forderung ungeachtet der Vorschrift in § 48 Z. 2 zur Aufrechnung gegen Forderungen des Gemeinschuldners benutzen.[3]) Dagegen ist die Aufrechnung mit der wiederauflebenden Forderung gegen den Anfechtungsanspruch selbst nach § 48 Z. 1 ausgeschlossen. Die wiederauflebende Forderung des Anfechtungsgegners muss als Konkursforderung angesehen und behandelt werden, weil sie als solche auch dann geltend gemacht werden müsste, wenn sie gar nicht untergegangen wäre.[4]) Kann die Rückgewähr nicht vollständig bewirkt werden, weil der Anfechtungsgegner sich selbst in Konkurs befindet, so lebt auch dessen Forderung nur teilweise und zwar im Verhältnisse der Rückgewähr wieder auf.[5]) Abgesehen hiervon aber tritt die getilgte Forderung ihrem ganzen Umfange nach auch gegenüber Mitschuldnern und Bürgen wieder in Kraft.[6]) Insbesondere kann auch ein mit ihr verbundenes Pfandrecht oder ein sonstiges Absonderungsrecht geltend gemacht werden.[7]) Ist die ursprünglich verpfändete Sache veräussert worden, so hat der K.-V. hierfür Ersatz zu gewähren, weil das Absonderungsrecht nicht wiederhergestellt werden kann, sonach die Masse als bereichert erscheint. Der Anfechtungsgegner wird in diesem Falle für seine Forderung aus dem Erlös der verpfändeten Sache befriedigt, braucht also eine Konkursforderung nur insoweit geltend zu machen, als die Befriedigung aus dem Erlös nicht hinreicht.[8]) Der K.-V. wird deshalb in derartigen Fällen zu überlegen haben, ob er von dem Anfechtungsrechte Gebrauch machen soll. Da durch § 32 lediglich die Rechte des Anfechtungsgegners gegenüber der Masse geregelt werden, findet dieser nur insoweit Anwendung, als durch die angefochtene Leistung eine Forderung des Gemeinschuldners getilgt wurde. Die Frage, ob auch die von dem Gemeinschuldner

[1]) Stieglitz S. 177, 178.

[2]) Grützmann S. 239. A. M. Cosack S. 284, 285; Korn S. 242.

[3]) A. M. Cosack S. 285.

[4]) Endemann S. 289; v. Wilmowski S. 169. A. M. Cosack S. 287.

[5]) Cosack S. 286, 287.

[6]) Dernburg Bd. 2 S. 348 § 331 a. E.; v. Wilmowski S. 169.

[7]) R.-G. (I.) 12. Febr. 1881, (V.) 10. März 1888, Entsch. Bd. 3 S. 208, Bd. 20 S. 157 ff., Schl.-Holst. Anz. 1888 S. 377.

[8]) Cosack S. 286.

bezahlte Forderung eines Dritten wieder in Kraft tritt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, das allerdings in der Regel zu demselben Ergebnis führen wird.[1]) Wurde ein Schuldner des Gemeinschuldners, der an diesen eine Zahlung leistete, infolge einer Anfechtung genötigt, nochmals an den K.-V. zu zahlen, so kann er wegen der ersten Zahlung eine Konkursforderung anmelden, sofern ihm nicht nach dem bürgerlichen Rechte auf Grund seiner eigenen Arglist eine Einrede entgegensteht.[2])

§ 33.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen;
2. wenn er zu den im § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, dass er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntnis hatte.

(E. § 33; M. S. 150 ff; K. S. 28; pr. K.-O. § 109).

1. *Begründung der Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger. Folgerungen.*

Damit eine Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger einer bestimmten Person geltend gemacht werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Rechtshandlung, auf welche der Rechtsvorgänger seine Ansprüche stützt, angefochten werden kann. Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger können gemeinschaftlich als Streitgenossen (§ 58 C.-P.-O.) verklagt werden.[3]) Die Anfechtung kann sich aber auch lediglich gegen den Rechtsnachfolger richten, denn dieser allein soll die Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung tragen und aus seinem Vermögen die Rückgewähr leisten.[4]) Daraus, dass die Anfechtbarkeit dem Rechtsvorgänger gegenüber begründet sein muss, folgt nicht, dass durch die rechtskräftige Zurückweisung des gegen ihn erhobenen Anfechtungsanspruchs auch die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger unbedingt ausgeschlossen wird.[5]) Vielmehr sind in dieser Beziehung die bezüglich

[1]) Meisner S. 145; v. Sarwey S. 212; Stieglitz S. 181; Willenbücher S. 67; v. Wilmowski S. 160. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 417 Nr. III.

[2]) v. Sarwey S. 213 Anm.; Stieglitz S. 181.

[3]) R.-G. (V.) 9. Dez. 1882 und (VI.) 11. Okt. 1886, Gruchot Bd. 27 S. 1140 und Jur. Woch. 1886 S. 348, 349.

[4]) R.-G. (V.) 9. Dez. 1882 a. a. O.

[5]) Das pr. Obertrib. entschied am 11. Dez. 1851 (Entsch. Bd. 22 S. 123), wenn der Kurator mit der Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger unterlegen sei, komme diese Entscheidung nach den Grundsätzen über die Rechtskraft dem Rechtsnachfolger zugut. Diese Auffassung (M. S. 150 ff.) teilen: Endemann S. 280; Hullmann S. 156; Jäckel S. 139; Kranichfeld S. 51, 53 Nr. 6; v. Sarwey S. 215 Nr. 4; Stieglitz S. 183; v. Völderndorff Bd. 1 S. 422; Willenbücher S. 69, 70. A. M.: Francke im Arch. f. c. Pr. Bd. 62 S. 494; Grützmann S. 207, 208; Hartmann S. 199; Meisner S 146 Nr. 2; Otto S. 116; v. Wilmowski S. 171, 172 Nr. 3.

der Rechtskraft der Urteile geltenden Grundsätze (§ 293 der C.-P.-O.) entscheidend, nach welchen zwischen den einzelnen Fällen zu unterscheiden ist. Wurde die Anfechtung lediglich durch Einrede oder Replik geltend gemacht, um einen von dem Gegner erhobenen Anspruch oder eine Einrede desselben zurückzuweisen, so erwächst die Entscheidung, durch welche die Anfechtung für unbegründet erklärt wurde, überhaupt nicht in Rechtskraft, kann also auch dem Rechtsnachfolger nicht zu gut kommen. Es ist dann, soweit es sich um die Anfechtung handelt, nicht über einen durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, sondern nur über ein Verteidigungs- bezw. Angriffsmittel entschieden worden.[1]) Wurde der Anfechtungsanspruch dagegen durch Klage geltend gemacht, so erwächst der Ausspruch über die Unanfechtbarkeit in Rechtskraft, gleichviel, ob lediglich Feststellung der Unwirksamkeit oder zugleich Verurteilung zur Rückgewähr beantragt worden war. Auch im letztern Falle wird darüber entschieden, ob der Anfechtungsanspruch begründet ist oder nicht. Auf diese rechtskräftige Entscheidung kann sich der Rechtsnachfolger berufen, wenn die Rechtsnachfolge erst eingetreten ist, nachdem das Urteil die Rechtskraft beschritten hatte, nicht aber, wenn das Urteil erst nach dem Eintritte der Rechtsnachfolge erlassen wurde oder in Rechtskraft erwuchs.[2]) Nur unter den Voraussetzungen des § 236 Abs. 3 C.-P.-O. kann sich der Rechtsnachfolger auch im letztern Falle auf die rechtskräftige Entscheidung berufen. Um die Aufhebung eines Vertrages handelt es sich bei der Anfechtung nicht (§ 22 Bem. III. 2 S. 106). Dieselben Grundsätze gelten auch umgekehrt, wenn die Anfechtbarkeit dem Rechtsvorgänger gegenüber durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt worden ist.

2. *Anfechtungsrecht gegen die Erben. (Abs. 1).*

Der anfechtbare Erwerb beruht zwar auf einer an sich gültigen Rechtshandlung und die Anfechtung wirkt nur gegen die Person des Anfechtungsgegners. Aber das Vermögen des Empfängers oder ersten Erwerbers ist mit der Verbindlichkeit zur Rückgewähr belastet. Es entspricht daher dem Gedanken der Gesamtrechtsnachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers, dass das gegen den letzteren begründete Anfechtungsrecht auch gegenüber den Erben geltend gemacht werden kann. Ob diese den Thatbestand der Anfechtung gekannt haben, ist unerheblich. Die Antretung der Erbschaft unter der Rechtswohltbat des Nachlassverzeichnisses berührt nur den Umfang, nicht die Zulässigkeit der Anfechtung. Auch wenn das Kv. über den Nachlass des Erwerbers eröffnet wurde, der die anfechtbare Handlung vorgenommen hat, kommt § 33 zur Anwendung. Dagegen trifft diese Vorschrift, welche sich lediglich auf die Erben als Rechtsnachfolger des Erwerbers bezieht, nicht zu, wenn die anzufechtende Handlung, durch welche die Nachlassgläubiger benachteiligt werden, von dem Erblasser selbst vorgenommen wurde. Ist diese Handlung nach der K.-E. erfolgt, so kommt § 6 zur Anwendung. Wurde sie vorher vorgenommen, so ist die Anfechtung gegen denjenigen zu richten, der aus der anfechtbaren Handlung etwas erworben hat. Er, nicht der Erbe des Schuldners, ist als Anfechtungsgegner anzusehen.[3])

Der in Abs. 1 des § aufgestellte Grundsatz muss auch gegenüber den Erben des Sonderrechtsnachfolgers zur Anwendung kommen.[4]) Sind mehrere Erben vorhanden, so haften sie für die Rückgewähr in derselben Weise wie für andere Verbindlichkeiten. Ob sie gemeinsam verklagt werden müssen und, ob sie, einzeln verklagt, die Legitimation zur Sache bestreiten können, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte.[5])

[1]) V. auch Jäckel S. 140.

[2]) Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 3; Cosack S. 324; Korn S. 159, 160; Menzel S. 214.

[3]) Endemann S. 278; v. Wilmowski § 33 Nr. 1. A. M. Meisner S. 149 Anm. 10; Stieglitz S. 182.

[4]) Meisner S. 149.

[5]) Hartmann S. 195.

3. Anfechtung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern im allgemeinen. (Abs. 2).

Da die angefochtene Handlung an sich gültig ist und nur gegenüber dem Anfechtungsgegner, der sich auf sie nicht berufen kann, die Verpflichtung zur Rückgewähr besteht (Bem. III. 2 zu § 22), lässt das Gesetz diese Verpflichtung im allgemeinen auf die Sonderrechtsnachfolger des Anfechtungsgegners nicht übergehen, sondern gestattet die Anfechtung gegenüber solchen Personen nur bei dem Vorhandensein besonderer, in deren Person begründeter Voraussetzungen. Abs. 2 des § gestattet die Anfechtung gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger nur, wenn dieser von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hatte oder zu den in § 24 Z. 2 genannten Personen gehört und den in Abs. 2 Z. 2 vorgesehenen Beweis nicht führen kann. Auch wenn der Rechtsnachfolger die Sache durch unentgeltliche Verfügung erworben hat, ist die Anfechtung gegen ihn nach dem Gesetze nur dann zulässig, wenn er von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hatte (Abs. 2 Z. 1). Dass der Erwerb auf einer unentgeltlichen Verfügung des Rechtsvorgängers beruht, wurde nicht für genügend erachtet, um die Anfechtung zu rechtfertigen, weil der Rechtsvorgänger bei seiner unentgeltlichen Verfügung nicht auf die Gläubiger eines Dritten (des Gemeinschuldners) Rücksicht zu nehmen braucht. (M. S. 152).

Sonderrechtsnachfolger des ersten Erwerbers ist nicht nur derjenige, welcher seinen Erwerb unmittelbar von jenem ableitet, und gerade die auf ihn übergegangenen Sachen oder Rechte erworben hat, sondern jeder, der von dem ersten Erwerber oder einem seiner Rechtsnachfolger Rechte an der veräusserten Sache (Eigentum, eine Hypothek oder Grundschuld, eine Dienstbarkeit u. s. w.) oder Rechte auf die Benutzung derselben (durch Pacht oder Miete u. s. w.) erworben hat, welche die Befriedigung der Gläubiger verhindern oder verkürzen.[1]) In diesem Sinne ist als Rechtsnachfolger des Indossanten auch der Indossatar anzusehen, obgleich die Wechselforderung des letztern mit Rücksicht auf die formale Natur der Wechselverpflichtung dem Schuldner gegenüber als eine neue und selbständige, nicht von dem Indossanten übertragene Forderung behandelt wird.[2]) Dagegen kann als Rechtsnachfolger derjenige nicht gelten, welcher ohne vermittelnde Rechtshandlung des früheren Besitzers durch Aneignung oder Ersitzung erwirbt. Für diesen Erwerber liegt der Grund seines Besitzes nicht in dem Rechte des Besitzvorgängers, von welchem er das Seinige nicht ableitet. Vielmehr liegt nur die Nachfolge in ein thatsächliches Verhältnis vor. Der Umstand, dass durch den selbständigen Erwerb einer solchen Person die Rückgewähr abgeschnitten oder erschwert wird, kann nicht die Anwendung des § 33 Abs. 2 auf den Erwerber, sondern könnte höchstens eine besondere gesetzliche Vorschrift rechtfertigen, durch welche auch ein derartiger Erwerb betroffen würde.[3]) Ebensowenig liegt Rechtsnachfolge in Ansehung eines Dritten dann vor, wenn derjenige, welcher vom Gemeinschuldner erworben hat, die ihm übertragene Sache veräusserte und den Erlös einem Dritten z. B. zum Zwecke der Tilgung von Schulden des Gemeinschuldners aushändigte.[4])

4. Anfechtung wegen Kenntnis der Benachteiligungsabsicht. (Abs. 2 Z. 1).

Wenn der Gemeinschuldner die in Frage stehende Rechtshandlung in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, kann die Anfechtung solchen Rechts-

[1]) Cosack S. 313; Endemann S. 278, 279; Hartmann S. 195; Jäckel § 9 Anm. 43; Korn S. 157; v. Mandry S. 457 § 50 Anm. 33; Menzel S. 215; v. Völderndorff Bd. 1 S. 421; v. Wilmowski S. 171 Nr. 2; R.-G. (V.) 11. April 1883 und 24 Okt. 1885, Entsch. Bd. 9 S. 84 und Bd. 15 S. 368, bayer. ob. Landesg. 28. Okt. 1885, Samml. Bd. 11 S. 238, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 164. A. M. Brettner in Gruchot Bd. 28 S. 728; Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 367.

[2]) Hartmann S. 195; Kranichfeld S. 52; v. Sarwey S. 216 Nr. 5; Stieglitz S. 183, 185. A. M. v. Wilmowski S. 171 Nr. 2.

[3]) Cosack S. 314, 315; Hartmann S. 196.

[4]) R.-G. (III.) 18. Jan. 1889, Seuffert Arch. Bd. 45 S. 247.

nachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners gegenüber geltend gemacht werden, denen zur Zeit ihres Erwerbes die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners bekannt war. Es muss nicht eine nach § 24 Z. 1 anfechtbare Rechtshandlung vorliegen, genügt vielmehr, dass die anfechtbare Handlung unter irgend eine Vorschrift der §§ 23—25 fällt und vom Gemeinschuldner in der Absicht vorgenommen wurde, seine Gläubiger zu benachteiligen. Von dieser Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners muss allerdings der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, Kenntnis gehabt haben. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass auch der erste Erwerber die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners kannte (§ 24 Z. 1, M. S. 152 Nr. 1).[1]) Die entgegengesetzte Auffassung findet in dem Wortlaut des Abs. 2 Z. 1 keinen Halt. Wenn die ursprüngliche Rechtshandlung nicht vom Gemeinschuldner selbst vorgenommen worden ist, so kann sie überhaupt nicht nach Abs. 2 Z. 1 angefochten werden. Mitwirkung des Gemeinschuldners bei der Weiterveräusserung an einen Dritten ist unerheblich.[2])

Die in den §§ 23—26 vorgesehenen Fristen gelten auch in Ansehung des Rechtsnachfolgers, da gegen diesen die Anfechtung nur zugelassen wird, falls sie dem ersten Erwerber gegenüber begründet sein würde.[3]) Da die Anfechtbarkeit gegenüber dem ersten Erwerber nicht gerade auf § 24 zu beruhen und dieser Erwerber von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht Kenntnis zu haben braucht, kommt auch nichts darauf an, ob der Rechtsnachfolger von einer etwaigen, die Benachteiligungsabsicht betreffenden, Wissenschaft des ersten Erwerbers oder der Zwischenmänner Kenntnis hatte.[4]) Soweit Zwischenmänner vorkommen, wird überhaupt nicht vorausgesetzt, dass ihnen gegenüber die Anfechtung begründet sein würde (M. S. 150). Der Umstand, dass ein Rechtsvorgänger des Rechtsnachfolgers, gegen welchen die Anfechtung gerichtet wird, unanfechtbar erworben hat, schliesst sonach die Anfechtung nach § 33 nicht aus, sofern nur die oben dargelegten Voraussetzungen gegeben sind.[5]) Bezüglich der Fälle, in welchen der Rechtsnachfolger seinen Erwerb auf ein nichtiges Rechtsgeschäft oder ein Scheingeschäft stützt, gelten dieselben Grundsätze wie bei der Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber. Ein Geschäft, das gar keinen rechtlichen Bestand hat, unterliegt nicht der Anfechtung. Der K.-V. ist aber nicht genötigt, auf die Anfechtung zu verzichten, wenn der Anfechtungsgegner behauptet, dass ein ernstliches Geschäft vorliege (Bem. I. 1 zu § 22).[6])

5. Anfechtung auf Grund naher Verwandtschaft des Rechtsnachfolgers mit dem Gemeinschuldner. (Abs. 2 Z. 2.)

Wenn der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, zu den in § 24 Z. 2 genannten Personen gehört, ist die Anfechtung auf Grund der §§ 23—25 gegen ihn unter denselben Voraussetzungen gestattet, die ausreichen würden, wenn der Gemeinschuldner

[1]) Fitting § 16 Anm. 29; Fuchs S. 56; Grützmann S. 207 Anm. 654; Hartmann S. 199; Korn S. 157 ff.; Kranichfeld S. 52; Meisner S. 147, 148; Meves S. 43 unten; Otto S. 115; v. Sarwey S. 215; Stieglitz S. 184; v. Völderndorff Bd. 1 S. 425, 426; Willenbücher S. 69 Nr. 4a. u. 5; v. Wilmowski S. 170 und 173 Nr. 6. A. M. Hullmann S. 156; Jäckel S. 143, 144; R.-G. (V.) 7. Dez. 1881, Seuffert, Arch Bd. 37 S. 167.

[2]) R.-G. (VI.) 10. März 1890, Jur. Woch. 1890 S. 160 Nr. 10, Bolze Bd. 9 Nr. 173. A. M. v. Sarwey S. 215 Nr. 3 und anscheinend auch Harburger S. 387.

[3]) R.-G. (V.) 28. Juni 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 164.

[4]) Endemann S. 281; Jäckel S. 144; Korn S. 160; v. Sarwey S. 213 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. 1 S. 427; Willenbücher S. 69; v. Wilmowski S. 171 Nr. 2 a. E. A. M. R.-G. (V.) 7. Dez. 1881, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 167.

[5]) Hartmann S. 198; Jäckel S. 144; Stieglitz S. 183 Nr. III.; v. Wilmowski S. 171 Nr. 2 a. E. A. M. Cosack S. 319 und Grützmann S. 207 Anm. 653.

[6]) A. M. Cosack S. 314; Menzel S. 215.

mit ihm selbst das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder eine andere Rechtshandlung ihm gegenüber vorgenommen hätte. Auch hier muss die Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber (nach den §§ 23—25) begründet gewesen sein. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Rechtsnachfolger sich nicht in Unkenntnis bezüglich der Umstände befunden hat, welche die Anfechtung gegen jenen begründen. Diese Unkenntnis muss der Verwandte beweisen. Liegen die erwähnten Voraussetzungen vor, so wird der Verwandte ebenso behandelt, als stände er an Stelle des ersten Erwerbers und hätte unmittelbar von dem Gemeinschuldner erworben. Die Vorschrift in Z. 2 wurde im wesentlichen durch die Erwägung veranlasst, dass zur Umgehung des Gesetzes häufig ein anderer Erwerber zwischen den Gemeinschuldner und seine Verwandten bezw. den Ehegatten eingeschoben werde (M. S. 153).

Bei der Frage, ob der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, zu den in § 24 Z. 2 genannten Personen gehört, kommt es lediglich auf das Verhältnis zum Gemeinschuldner, nicht auf dasjenige zu dem ersten Erwerber oder zu dem unmittelbaren Rechtsvorgänger an.[1] Vgl. im übrigen die Ausführungen zu § 24 (Bem. II. 3).

6. Art und Weise der Anfechtung; Wirkungen derselben.

Wie bereits früher (Bem. 1) erwähnt wurde, setzt die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger nicht voraus, dass der erste Erwerber mitverklagt werde. Dringt der K.-V. mit der Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger durch, so hat die Rückgewähr in derselben Weise zu erfolgen, wie es seitens des ersten Erwerbers der Fall sein würde. Soweit es sich um § 33 Abs. 1 handelt, kann der Erbe natürlich auch die auf ihn übergegangenen Ansprüche aus den §§ 31 und 32 geltend machen. Im Falle der Sonderrechtsnachfolge (§ 33 Abs. 2) dagegen kann der Rechtsnachfolger vom K..V nicht Erstattung desjenigen Entgelts verlangen, das er seinem Rechtsnachfolger gewährt hat, denn dieses ist gar nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt. Er darf auch nicht ohne weiteres Rückerstattung der Gegenleistung beanspruchen, welche der erste Erwerber an den Gemeinschuldner bewirkt hatte. Diese Gegenleistung und die etwa vorhandene Bereicherung der Masse rührt nicht von dem Rechtsnachfolger her. Dieser kann deshalb, zumal auch für die Rückgewähr nur sein Erwerb in Betracht kommt, nicht Rückerstattung einer Gegenleistung fordern, die er gar nicht gemacht hat und durch welche die Masse nicht ihm gegenüber bereichert worden ist. Nur wenn nach dem bürgerlichen Rechte der auf der Bereicherung beruhende Rückerstattungsanspruch infolge der Rückgewähr kraft Gesetzes auf ihn übergeht, oder wenn dieser Anspruch auf ihn von dem Berechtigten übertragen wurde, kann hiernach der Rechtsnachfolger verlangen, dass ihm die von seinem Rechtsvorgänger gemachte Gegenleistung gemäss § 31 aus der Masse erstattet werde (M. S. 153).[2]

§ 34.

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

(E. § 34; M. S. 153 ff.; K. S. 28 und 149).

1) Die besondere Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Anfechtung wurde dadurch gerechtfertigt, dass die K.-O. die Rechte der K.-Gl. in vollem Umfange

[1]) R.-G (VI.) 2. Nov. 1887, Entsch. Bd. 19 S. 202 ff.

[2]) Endemann S. 288; Fuchs S. 56; Korn S. 161, 162; v. Mandry S. 481; Meisner S. 150 Anm. 1; Menzel S. 277; v. Sarwey S. 211; Stieglitz S. 180; Wengler S. 247; Willenbücher S. 70; v. Wilmowski S. 173 Nr. 5; A. M.: Cosack S. 323; Grützmann S. 238 Anm. 765; v. Völderndorff Bd. 1 S. 428.

schütze, deshalb aber auch dafür sorgen müsse, „denjenigen, welcher der Anfechtung ausgesetzt sei, der Drohung einer solchen nicht auf unbestimmte Zeit zu überliefern" (M. S. 153 ff). Die Frist von einem Jahre, die den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung der actio Pauliana entspricht, beginnt mit dem Tage der K.-E„ weil von diesem Tage an das Anfechtungsrecht begründet ist und vom K.-V. ausgeübt werden kann. Bezüglich der Berechnung der Verjährungsfrist ist auf die Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. S. 94 zu verweisen, nach welcher die Vorschriften der C.-P.-O hier nicht (unmittelbar) zur Anwendung kommen.[1]) Ob und unter welchen Voraussetzungen gegen den Ablauf der unbenutzten Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig ist, muss, da es sich um eine Verjährungsfrist handelt und die K.-O. besondere Vorschriften nicht enthält, ebenso nach dem bürgerlichen Rechte beurteilt werden, wie die weitere Frage, ob und in welcher Weise der Lauf der Frist unterbrochen werden kann und welche Wirkungen die Unterbrechung hat. Die Frage, ob die Folgen, zu welchen die Anwendung des bürgerlichen Rechtes führt, bei der Abfassung des Gesetzes überlegt und gewollt worden seien, kann nicht entscheidend sein.[2]) Klagabweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts ist nicht Abweisung der Klage im Sinne von Art. 2247 Abs. 3 C. c., hat also nicht die Wirkung, dass die mit der Klageerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt angesehen werden kann.[3]) Auch für das gemeine Recht ist anzunehmen, dass die Verjährung durch Erhebung der Klage beim unzuständigen Gericht unterbrochen wird.[4]) Wie bei andern Verjährungsfristen, so hat auch hier der Richter die Verjährung nicht von Amts wegen, sondern nur dann zu berücksichtigen, wenn der Gegner sich darauf ausdrücklich berufen hat.[5]) Selbst wenn man annimmt, das Anfechtungsrecht sei nicht bloss im Interesse der K.-Gl., sondern im öffentlichen Interesse gegeben, ist die entgegengesetzte Auffassung nicht gerechtfertigt, denn durch die im Interesse der Erwerber eingeführte Verjährung wird ja gerade die Anfechtung ausgeschlossen. Andererseits ist der Anfechtungsgegner, wie er den Anfechtungsanspruch selbst anerkennen kann, unzweifelhaft auch berechtigt, auf die Verjährungseinrede zu verzichten.

2) Durch den Eintritt der Verjährung erlischt das Anfechtungsrecht vollständig (M. S. 154), kann sonach weder durch Klage noch mittels Einrede geltend gemacht werden.[6]) Auf diese Verjährung kann sich auch der Rechtsnachfolger berufen, gegen den die Anfechtung gerichtet wird. Das den einzelnen Gläubigern ausserhalb des Kv. zustehende Anfechtungsrecht, dessen Verjährung besonders geregelt ist (§ 12 Anf.-Ges.), wird durch die in § 34 vorgesehene Verjährung, welche bloss dem K.-V. gegenüber wirkt, nicht berührt.

Vierter Titel.

Aussonderung.

(§§ 35—38.)

Vorbemerkungen.

1) Dass die K.-Gl. ihre Befriedigung nur aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhalten, liegt in dem Wesen des Kv., in welchem nur persönliche Forderungen gegen diesen

1) Cosack 356; Korn S. 222 und die Kommentare. A. M. Fitting § 17 Anm. 10.

2) A. M. Cosack S. 358 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 431.

3) O.-L.-G. Karlsruhe 16. Okt. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 309 ff., Puchelts Z. Bd. 21 S. 433.

4) Dernburg Pandekten Bd. 1 § 148 Anm. 6; Hellmann Arch. f. c. Pr. Bd. 66 S. 204 ff. A. M. Windscheid Bd. 1 § 108 Text z. Anm. 6, welcher die herrschende Meinung vertritt.

5) A. M. O.-L.-G. Dresden 7. Febr. 1882, Juristenzeit. Bd. 7 S. 536 ff., bes. S. 540.

6) Endemann S. 272; v. Wilmowski S. 174; O.-L.-G. Jena 9. Sept. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 249. A. M. nur Dernburg Bd. 2 § 131 Anm. 9 und v. Mandry S. 481.

verfolgt werden können (§§ 2 und 62), während die mit diesen Forderungen verbundenen Pfandrechte am Vermögen bezw. an Sachen dritter Personen ausserhalb des Kv. zu verfolgen sind. Auch ergiebt sich dies aus der rechtlichen Natur der Masse, zu welcher an sich nur Vermögen des Gemeinschuldners gehört, mit welcher aber auf Grund erfolgreicher Anfechtung (§§ 22 ff., bes. § 30) auch Bestandteile fremden Vermögens vereinigt werden können. Während die Anfechtung ausserhalb des Kv. nur die Wirkung hat, dass die zurückzugewährenden Gegenstände, obgleich sie einem Dritten gehören, zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers dienen (§ 7 Anf.-Ges.), findet bei der Anfechtung durch den K.-V. die Rückgewähr zur Konkursmasse statt, so dass die zurückgewährten Gegenstände wieder in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangen (Bem. III. 3 a. E. zu § 22 S. 108, Bem. 1 und 2 zu § 30). Alle fremden Vermögensgegenstände, welche der K.-V. in Besitz genommen hat (§ 107), müssen als nicht zur Masse gehörig an die Berechtigten herausgegeben werden. Die Verpflichtung zur Aussonderung beruht hiernach nicht auf einem besondern, von dem bürgerlichen Rechte unabhängigen, Aussonderungsanspruche, sondern hat darin ihren Grund, dass der K.-V. nur solche Gegenstände zur Masse ziehen darf, welche nach den §§ 1 und 30 zu dieser gehören, [1]) insbesondere solche Gegenstände aussondern muss, bezüglich deren ein civilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe besteht. Von der Widerspruchsklage (§ 690 C.-P.-O.) unterscheidet sich das Aussonderungsbegehren dadurch, dass es nicht gegen einen die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger, sondern gegen den das Vermögen des Gemeinschuldners verwaltenden und diesen vertretenden K.-V. gerichtet ist, der an Stelle des Gemeinschuldners den Besitz ausübt (Bem. III. 1 zu § 5). Während der nach § 690 C.-P.-O. der Zwangsvollstreckung Widersprechende in einem gegen den Schuldner gerichteten Vollstreckungsverfahren interveniert, wird der Aussonderungsanspruch gegen den K.-V. geltend gemacht, der keineswegs gegen den Gemeinschuldner eine Zwangsvollstreckung betreibt, vielmehr als dessen Vertreter anzusehen ist. [2]) Aus der Natur des Aussonderungsrechtes ergiebt sich, dass der K.-V., dessen Aufgabe es ist, den Bestand der Masse festzustellen und die zu ihr gehörenden Gegenstände — aber auch nur diese — in Besitz zu nehmen und zu versilbern, nicht erst einen Antrag auf Aussonderung abzuwarten, diese vielmehr von Amts wegen vorzunehmen hat, sobald er von den einen Aussonderungsanspruch begründenden Rechtsverhältnissen Kenntnis erlangt. [3])

Im gemeinen Rechte wurden die Personen, welche eine solche Ausscheidung und die Herausgabe der nicht zur Masse gehörenden Gegenstände verlangen konnten, „Separatisten ex jure dominii" oder „Vindikanten" genannt. Ebenso ist in der pr. K.-O. (§§ 22 ff.) neben dem Ausdruck „Rückforderung" noch die Bezeichnung „Vindikationsansprüche" festgehalten worden. Diese Bezeichnungen wurden aber in der K.-O. aufgegeben, weil die Ansprüche der Aussonderungsberechtigten keineswegs auf die eigentliche Eigentumsklage (rei vindicatio) beschränkt seien, vielmehr auch andere dingliche Klagen, insbesondere die das Niessbrauchrecht schützende actio confessoria sowie die hereditatis petitio hierher gehörten, ja die Herausgabe einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache auch auf Grund eines rein obligatorischen Rechtes erfolgen könne (M. S. 154, 155, Bem. 1 zu § 35). Der Ausdruck „Rückforderungsanprüche" wurde vermieden, weil in den Fällen der Vindikation die Sache nicht gerade aus dem Besitz des Vindikanten in den des Gemeinschuldners und in die Masse gelangt zu sein brauche, die Vindikation also nicht immer, ja nicht einmal in der Regel, eine Rückforderung sei (M. S. 155 und 156).

[1]) Oetker, Verfolgungsrecht S. 89, 95, 98 ff. bemerkt, die Aussonderung sei eine authentische Interpretation des § 1 K.-O. durch den K.-V. Abgesehen davon, dass die Entscheidung des letzteren, wenn er die Aussonderung verweigert, nicht maassgebend ist, erscheint aber der Ausdruck „authentische Interpretation" nicht als glücklich gewählt.

[2]) Voss im Arch. f. c. Pr. Bd. 71 S. 284 ff. A. M.: L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des Konkursr. S. 154 ff. und v. Mandry S. 281 § 27 Anm. 49.

[3]) Oetker, Verfolgungsr. S. 78 ff.; ferner Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 126.

2) Bezüglich der Ansprüche, welche auf die Ausscheidung der nicht zur Masse gehörigen Gegenstände gerichtet sind, bestanden und bestehen sehr abweichende Auffassungen. In älterer Zeit zog man im gemeinen Rechte die „Separatisten ex jure dominii“ gleich denen „ex jure crediti“ in den Kreis des Kv., in dem sie die erste Klasse der Gläubiger bildeten. Auch ist diese Auffassung in viele K.-O. übergegangen. In neuerer Zeit war aber das gemeine Recht zu der Anschauung des römischen Rechtes, die im französischen und englischen Rechte von jeher in Geltung war, zurückgekehrt, dass die „Vindikanten“ vom Konkurse unberührt bleiben und ihre Ansprüche ausserhalb des Kv. gegen den Verwalter geltend zu machen haben. Dies nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§ 30) ausdrücklich im Gesetze auszusprechen, wurde für überflüssig gehalten (M. S. 156).

Nach § 1 ist von der Masse nicht nur alles fremde Vermögen, sondern auch dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschlossen, welches der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt oder von ihm nach der K.-E. erworben wurde. Auf dieses Vermögen des Gemeinschuldners und seine darauf bezüglichen Ansprüche findet aber nach § 35 („eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes“) der Begriff der Aussonderung keine Anwendung. Glaubt der Gemeinschuldner, dass ein bestimmter, ihm gehöriger, Gegenstand nicht zur Masse gezogen werden dürfe, so hat er sich mit seinem Anspruche an den K.-V. zu wenden. Demjenigen, der vor der K.-E. Eigentümer einer im Besitz des K.-V. befindlichen Sache gewesen ist, steht ein Aussonderungsrecht solange zu, als der letztere die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache hat. Dadurch dass eine unter Vorbehalt des Aussonderungsrechts angemeldete Konkursforderung von dem K.-V. anerkannt und in die Tabelle eingetragen wird, geht das Aussonderungsrecht nicht verloren.[1]) Wenn dieser den erhobenen Anspruch nicht für gerechtfertigt hält, so kann nicht durch Anrufung des Konkursgerichts nach § 75 eine andere Entscheidung herbeigeführt werden. Die Aufsicht des Gerichts dient nur dazu, den K.-V. zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten. Hier ist es aber ebenso, wie bei der Aussonderung fremder Vermögensbestandteile und bei andern vermögensrechtlichen Streitigkeiten, in das pflichtgemässe Ermessen des K.-V. gestellt, ob er den erhobenen Anspruch anerkennen oder es auf einen Prozess ankommen lassen will.[2]) Erkennt der K.-V. den Anspruch nicht an, so kann der Gemeinschuldner diesen nur auf dem Wege des Prozesses gegen den ersteren verfolgen; dem steht nicht entgegen, dass der K.-V., soweit es sich um die Verwaltung der Masse handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist (Bem. III. 1 zu § 5). § 685 C.-P.-O. kann nicht zur Anwendung kommen, weil das Kv. nicht ein Zwangsvollstreckungsverfahren im Sinne des erwähnten Gesetzbuches darstellt und die Besitzergreifung und Verwaltung der Masse durch den K.-V. von der Pfändung oder sonstigen Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher grundsätzlich verschieden ist.[3]) Die Klage des Gemeinschuldners geht auf Aushändigung des beanspruchten Gegenstandes und, wenn dieser bereits verkauft wurde, auf Herausgabe des Erlöses, um welchen die Masse bereichert ist (§ 52 Z. 3). Hat der Gemeinschuldner seinen Anspruch vor dem Verkauf der Sache rechtzeitig geltend gemacht, der K.-V. aber sie trotzdem verkauft, oder trifft diesen ein Verschulden, so kann dem Gemeinschuldner auch ein Entschädigungsanspruch zustehen (§ 52 Z. 1).[4]) In Beziehung auf die Art und Weise, in welcher der Aussonderungsanspruch geltend zu machen und auf das Gericht, vor welchem der Streit auszutragen ist, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden.

[1]) R.-G. (II.) 4. März 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 439.

[2]) Jur. Woch. 1883 S. 123; ferner Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 126, 127.

[3]) O.-L.-G. Kiel 29. Sept. 1887, Schl.-Holst. Anz. 1887 S. 355 ff. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 439.

[4]) O.-L.-G. Kiel v. 29. Sept. 1887 a. a. O.

Die Aussonderungsansprüche und die darauf bezüglichen Klagen sind in allen Fällen gegen den K.-V. zu richten, da dieser die Masse zu verwalten und zunächst darüber zu verfügen hat, was zu ihr gehört, ihm gegenüber also auch geltend gemacht werden muss, es sei etwas mit Unrecht zur Masse gezogen worden (v. auch § 5). In den auf die Aussonderung bezüglichen Prozessen ist aber der K.-V. selbst ebensowenig wie die „Gläubigerschaft“ als Partei anzusehen. Vielmehr ist auch hier der Gemeinschuldner selbst als Subjekt des zur Masse gehörigen, vom K.-V. als seinem gerichtlich bestellten Vertreter verwalteten Vermögens Partei (Bem. III. 1 zu § 5 S. 36, 37).[1] Bei dieser Annahme gerät man keineswegs wie Oetker behauptet, in einen Zirkel, falls der K.-V. unterliegt, denn daraus, dass festgestellt wird, die Sache gehöre nicht zur Masse, folgt keineswegs, jener sei nicht berufen gewesen, den Gemeinschuldner im Prozesse zu vertreten. Für die Verteilung der Parteirollen sind hier wie bei anderen Klagen lediglich die Behauptungen der streitenden Teile maassgebend. Behauptet der K.-V., die streitige Sache gehöre zur Masse, d. h. zu dem diese bildenden Vermögen des Gemeinschuldners, so muss der Aussonderungsanspruch auch gegen ihn gerichtet werden. Der Verlust des Prozesses stellt seine Legitimation hier ebensowenig in Frage, wie in den Rechtsstreitigkeiten, welche er für den Gemeinschuldner als Kläger geführt hatte. Oetker nimmt denn auch (S. 83—91) selbst an, die Passivlegitimation des K.-V. werde nicht durch die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Sollmasse, sondern durch diejenige zu der thatsächlich gegebenen Masse bestimmt.[2] Wer eine Aussonderung beansprucht, muss sich hiernach alle Einreden und Gegenforderungen gefallen lassen, welche dem Gemeinschuldner gegen ihn zustehen.[3]

3) Bis zu welcher Zeit die Aussonderung verlangt werden kann, ist in der K.-O. nicht ausdrücklich gesagt. Es ergiebt sich aber aus der Natur der Sache wie aus den §§ 35 („aus der Konkursmasse“) und 38, dass der Anspruch nur so lange geltend gemacht werden kann, als sich der auszusondernde Gegenstand in der Masse befindet, und dass im Falle der Veräusserung dem Aussonderungsberechtigten nur ein Recht auf die Gegenleistung bezw. auf Abtretung des Anspruches auf diese zusteht. Auch wurde in den Mot. (S. 157 und 376) hervorgehoben, dass die Geltendmachung der Aussonderungsansprüche durch die thatsächliche Versilberung des beanspruchten Gegenstandes und die Verteilung des Erlöses (§ 159) beschränkt werde, nach Vornahme der Veräusserung dagegen nur ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden könne, welcher als Masseforderung anzusehen sei. Wenn der Aussonderungsberechtigte seine Ansprüche nicht rechtzeitig vorbringt, läuft er hiernach ebenso wie die K.-Gl. Gefahr, sie später nicht mehr geltend machen zu können. Bezüglich der dem Aussonderungsberechtigten zustehenden Masseforderung kommt § 159 zur Anwendung. Der K.-V. soll zwar die Aussonderung von Amts wegen vornehmen. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Aussonderungsberechtigte auch bei vorsätzlicher Nichtgeltendmachung seiner Ansprüche unbedingt Schadenersatz verlangen kann. Er hat vielmehr in solchem Fall nur Anspruch auf Herausgabe einer Bereicherung oder auf Ersatz gem. § 38.

4) Die pr. K.-O. (§ 29) enthielt die Vorschrift: „Wenn dem Gemeinschuldner oder der Konkursmasse in Beziehung auf die zurückgeforderte Sache Gegenforderungen wegen Auslagen, Verwendungen, Abschlagszahlungen oder aus einem andern Grunde zustehen, so kann die Herausgabe nur gegen Befriedigung der Gegenforderungen verlangt werden.“ Diese Bestimmung, die eine Verallgemeinerung des Art. 579 C. de com. bezw. Art. 576 des französ. Fallimentsges. enthielt und auch in andere K.-O. übergegangen ist, wurde nicht

[1] So auch Hellwig im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 236 Anm. 28 und Voss ebendas. Bd. 71 S. 285 Anm. 34. A. M. L. Seuffert, Zur Gesch. und Dogm. S. 156, welcher die Gläubiger als Partei betrachtet, ferner Oetker, Verfolgungsr. S. 71 ff. und 101 sowie v. Völderndorff Bd. 1 S. 437, welche annehmen, der Verwalter sei Partei.

[2] v. Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 199 ff.; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 42, 43.

[3] So auch Oetker a. a. O. S. 116 ff.

aufgenommen, weil damit nichts von dem allgemeinen bürgerlichen Rechte Abweichendes bestimmt, sondern nur auf dieses verwiesen werden solle. Welche Gegenforderungen des Gemeinschuldners der K.-V. geltend machen und ob er bis zur Befriedigung dieser Forderungen die Herausgabe des Aussonderungsgegenstandes verweigern könne, ist somit nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

§ 35.

Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.

(E. § 35; M. S. 157 ff.; K. S. 28 ff., 127 ff., 162 und 172 ff.; pr. K.-O. §§ 22, 24, 25.)

1) Nach dieser Vorschrift entscheidet im allgemeinen das bürgerliche Recht bezw. Handelsrecht darüber, ob ein Aussonderungsrecht besteht. Die Frage, ob der Gemeinschuldner Eigentümer der beanspruchten unbeweglichen Sache ist, muss z. B. nach dem am Orte der belegenen Sache geltenden Rechte beurteilt werden. Dass sich zufolge dieses Grundsatzes in den einzelnen Ländern die Aussonderungsansprüche verschieden gestalten werden, wurde hierbei vorausgesehen, ja gewollt. Allgemeine Gültigkeit beansprucht jedoch der schon oben (Vorbem. 1) angeführte Satz, nach welchem es zur Begründung eines Aussonderungsanspruches nicht notwendig ist, dass demjenigen, der einen solchen Anspruch erhebt, das Eigentum an der betreffenden Sache zusteht. Es ist überall nur erforderlich, dass der Gegenstand „nicht dem Gemeinschuldner gehört“ und dass ein Anspruch auf Herausgabe der fremden Sache nach dem bürgerlichen Rechte begründet ist, sei es, dass die Rückgabe auf Grund eines dinglichen Rechtes oder auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses z. B. eines Leihvertrages verlangt wird.[1]) Auch der blosse Besitz kann das Aussonderungsrecht begründen. Wenn z. B. der Ehemann die ihm unter der Bedingung, dass er keine zweite Ehe eingehe, vermachte Sache an seine zweite Ehefrau veräussert, so wird diese nicht Eigentümerin; aber andererseits gehört die Sache auch nicht mehr zum Vermögen des Ehemanns, nachdem die auflösende Bedingung der Wiederverheiratung eingetreten ist; die Ehefrau kann daher die Aussonderung fordern, wenn ihr nach dem bürgerlichen Recht diese Befugnis zusteht.[2]) Wenn feststeht, dass der Gemeinschuldner Eigentümer eines für noch nicht gelieferte Waren an Zahlungs Statt gegebenen Wechsels geworden ist, so kann dagegen nicht die Aussonderung der nunmehr zu seinem Vermögen gehörigen Wechselurkunde gefordert, sondern nur eine Konkursforderung gem. § 21 erhoben werden.[3])

2) Soweit der Aussonderungsanspruch auf ein dingliches Recht gestützt wird, kommt neben der Eigentumsklage auch die actio Publiciana, die actio confessoria und die hereditatis petitio in Betracht (Vorbem. 1). Wird der Anspruch auf Aussonderung aus dem publicianischen Besitze abgeleitet, so braucht der Kläger nicht den nahezu unmöglichen Beweis zu führen, dass der Gemeinschuldner nicht Eigentümer der auszusondernden Sache sei, sondern hat nur diejenigen Thatsachen zu beweisen, welche die Voraussetzungen der

[1]) R.-G. (II.) 15. Juni 1884, Puchelts Z. Bd. 15 S. 578 ff.

[2]) R.-G. (V.) 21. Juni 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 1043.

[3]) O.-L.-G. Dresden 29. Nov. 1888 u. Ldg. Chemnitz 13. April 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 577, 753.

actio Publiciana bilden. Behauptet der K.-V., dass der Gemeinschuldner ein besseres Recht habe, so muss er nachweisen, dass dieses Recht bestehe. Der Thatbestand des Aussonderungsrechtes erfordert allerdings, dass die auszusondernde Sache nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Aber unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte. Räumt dieses dem publicianischen Besitzer eine Klage ein, welche in ihren Wirkungen der Eigentumsklage gleichsteht, so kann mit dieser Klage auch die Aussonderung erzwungen werden.[1]) Auch die Eigentumsübertragung zum Zweck der Sicherstellung für eine bestimmte Forderung begründet ein Aussonderungsrecht, sofern ein rechtswirksamer Eigentumsübergang stattgefunden hat. Wenn ein blosser Scheinvertrag (verschleierte Verpfändung) vorliegt, oder der Vertrag nach dem geltenden Recht als nichtig anzusehen ist, weil er zur Umgehung des Gesetzes errichtet wurde, kommen dagegen die §§ 35 ff. nicht zur Anwendung, weil dann der Aussonderungsgegenstand nach wie vor zum Vermögen des Gemeinschuldners und folgeweise zur Konkursmasse gehört. Es kann sich dann nur noch um die Frage handeln, ob eine rechtswirksame Verpfändung vorliegt und ob deshalb ein Absonderungsrecht geltend gemacht werden kann. Auf die Bezeichnung des Vertrages kommt es nicht an. Auch darf auf diese gerade hier bei der Häufigkeit der verschleierten Verpfändung ein grosses Gewicht nicht gelegt werden. Dass der Käufer lediglich durch den Beweggrund bestimmt wird, durch Abschluss des Kaufvertrags für seine Forderung Befriedigung zu erlangen, schliesst an sich die Richtung des Willens auf einen ernstlichen Kaufvertrag nicht aus; dieser Zweck muss jedoch in der Weise erstrebt werden, dass das Eigentumsrecht und damit die freie Verfügung über die Sache auf den Gläubiger übergehen soll. Die Befriedigung des letzteren kann in der Weise erfolgen, dass eine Aufrechnung des Kaufpreises auf die bisherige Forderung erfolgt und diese sonach getilgt wird. Es kann aber auch bedungen werden, dass der Gläubiger die ihm verkauften Gegenstände verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen soll. Im ersten Fall spricht für die Absicht der Eigentumsübertragung die Thatsache der Forderungstilgung. Es ist deshalb besonders zu prüfen, ob diese Vertragsbestimmung ernstlich gemeint war oder ob die Forderung dessenungeachtet fortbestehen sollte. Im zweiten Falle kann ebensogut die Einräumung eines Pfandrechts mit bestimmter Regelung des Verkaufs der Pfandsache als eine ernstliche Eigentumsübertragung gewollt sein. Das Verbleiben des Verkäufers im Besitz der verkauften Sachen und der Vorbehalt eines Rückkaufsrechtes schliesst die Möglichkeit, dass dessenungeachtet ein ernstlicher Kaufvertrag vorliege, nicht unbedingt aus. Auch braucht ein solcher Vertrag nicht notwendig zur Umgehung des Gesetzes errichtet zu sein.[2]) Aber diese Umstände begründen doch regelmässig die Vermutung, dass in Wirklichkeit nur eine (verschleierte) Verpfändung beabsichtigt gewesen sei und müssen jedenfalls eine strenge Prüfung in Beziehung darauf veranlassen, ob nicht lediglich die Bestellung eines Pfandrechts gewollt und der Vertrag zur Umgehung des Gesetzes bestimmt war. Dabei kommt es hauptsächlich darauf an, ob sich der Schuldner wirklich des freien Verfügungsrechts über die Sache begeben wollte, aber auch darauf, ob und in welcher Weise die Forderung des Gläubigers getilgt werden sollte.[3]) Wegen der Frage ob der „Käufer" als Absonderungsberechtigter auftreten bezw. behandelt werden kann vgl. Vorb. 3 zu §§ 39 ff. und Bem. zu § 57.

3) Beruht der Aussonderungsanspruch auf einem obligatorischen Rechtsverhältnisse, so muss gleichfalls feststehen, dass die auszusondernden Gegenstände nicht zum

[1]) A. M. Hellwig im Arch f. civ. Pr. Bd. 68 S. 237.

[2]) R.-G. (III.) 24. Sept. 1880, (I.) 9. Okt. 1880 u. 10. Jan. 1885, (VI.) 2. Juni 1890, Entsch. Bd. 2 S. 168 u. 173, Bd. 13 S. 200 u. Bd. 26 S. 180 ff.; O.-L.-G. Kiel 24. Juni 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 40. V. dag. Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung S. 85 ff.

[3]) R.-G. (III.) 24. Sept. 1880, Entsch. Bd. 2 S. 173, (II.) 13. Mai 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 463, Jur. Woch. 1890 S. 204 Nr. 11 u. (I.) 2. Febr. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 45 ff., bes. S. 53.

Vermögen des Gemeinschuldners gehören. Auch in derartigen Fällen, z. B. wenn es sich um einen Leihvertrag handelt, ist erforderlich, dass vom Kläger nicht eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners verlangt, sondern geltend gemacht wird, die Sache gehöre nicht zu dessen Vermögen. Aus dem Anfechtungsrechte kann deshalb ein Aussonderungsanspruch nicht abgeleitet werden. Auch bei der Anfechtung wird zwar in der Regel die Rückgabe einer bestimmten Sache verlangt. Aber dieses Begehren wird auf die Behauptung gestützt, dass die in Frage stehende Sache zum Vermögen des gegenwärtigen Besitzers gehöre und aus diesem zurückzugewähren sei.[1]) Ein Aussonderungsanspruch besteht ferner nicht, wenn eine Sache wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Gemeinschuldners zurückgefordert wird oder der letztere nur der Gattung nach bezeichnete Sachen zu leisten hat, insbesondere dann nicht, wenn ihm nicht leihweise, sondern als Darlehen Wertpapiere mit der Bestimmung übergeben wurden, dass er nur eine bestimmte Anzahl gleicher Papiere oder deren Wert schuldig sei.[2])

Für den Bestand des Aussonderungsrechtes ist nicht der Zeitpunkt der K.-E., sondern derjenige der Geltendmachung des Anspruches maassgebend (v. Vorb. 2). Regelmässig wird freilich entscheidend sein, ob der Anspruch zur Zeit der K.-E. bestand; aber die Rechtsverhältnisse können sich später durch Handlungen des K.-V. oder des Aussonderungsberechtigten verändern und diese Änderung kann für die Aussonderung erheblich sein. Hat z. B. der Gemeinschuldner als Käufer die ihm übersendeten Waren dem Verkäufer zur Verfügung gestellt und letzterer diese Erklärung nach der K.-E. angenommen, ehe der K.-V. erklärt hat, dass er die Waren annehme, so liegt darin die rechtzeitige Zurücknahme des Erfüllungsanerbietens seitens des Verkäufers und ist dieser zur Aussonderung berechtigt. Ob er etwa bis zur K.-E. auf der Annahme der Waren bestanden hat, ist unerheblich.[3])

4) Das bürgerliche Recht reicht nicht überall aus; vielmehr sind noch besondere konkursrechtliche Bestimmungen erforderlich. Für diese letzteren ist nicht das bisherige Konkursrecht, sondern lediglich die K.-O. maassgebend. In dieser finden sich Abweichungen von dem allgemeinen bürgerlichen Rechte nur hinsichtlich der Verkäufer und Einkaufskommissionäre (§ 36), der Ehefrau des Gemeinschuldners (§ 37) und des noch ausstehenden Erlöses für die vom Gemeinschuldner vor der K.-E. oder vom K.-V. nachher veräusserten Sachen (§ 38). Alle übrigen Sonderbestimmungen sind ausser Kraft gesetzt. Auf die Frage, welche Vorschriften dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehören und welche als konkursrechtliche Sonderbestimmungen anzusehen sind, kann nicht näher eingegangen werden. Es ist bei jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen, welche rechtliche Natur sie hat. Dabei ist aber nicht entscheidend, an welcher Stelle sich die Vorschrift findet; vielmehr kommt es darauf an, ob die Vorschrift das Eigentum regelt und demnach auch dann zur Anwendung gebracht werden könnte, wenn der Gemeinschuldner nicht in Konkurs geraten wäre, oder ob es sich um eine Sonderbestimmung für das Kv. handelt.

Als die hauptsächlichsten Sonderbestimmungen, welche ihre Geltung verlieren, wurden in den Mot. S. 158 ff. bezeichnet:

a. Die Vorschrift der Hamburger Fallitenordnung (Art. 27. Z. 3), nach welcher „demjenigen, der einem Fallito binnen 8 Tagen vor seinem Austritt Gelder zum Verwechseln hingegeben, ohne ihm selbige auf Zeit anzuvertrauen, soviel beim Ausbruch des Falliments von derselben Münzsorte sich in Natura in des Falliten Cassa befinde, wieder zuzustellen sei“, und eine ähnliche Vorschrift der bayer. Prioritätsordnung (§ 2). In dieser

[1]) R.-G. (II.) 20. Jan. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 5; O.-L.-G. Dresden 18. Juni 1884, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 786.

[2]) R.-G. (II.) 27. Nov. 1885, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 11 S. 54.

[3]) R.-G. (I.) 1. Okt. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 434 und Bolze Bd. 1 Nr. 1060; ferner R.-G. (VI.) 2. Mai 1887, O.-L.-G. Stuttgart 3. Dez. 1886, Württ. Jahrb. Bd. 1 S. 158 und S. 16 ff.

Beziehung wurde für die betr. Gebiete eine Abänderung des gemeinen Rechtes, das die Abforderung des Geldes davon abhängig mache, dass es noch unvermischt in der Masse befindlich sei, nicht für notwendig gehalten;

b. die Vorschrift des § 24 pr. K.-O., nach welcher Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser bei der Übermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, zurückgefordert werden können, wenn sie zur Zeit der K.-E. noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt. In dieser Beziehung wurde, soweit es sich um ein blosses Auftragsverhältnis handelt, eine Sonderbestimmung für überflüssig gehalten, weil der Gemeinschuldner nicht Eigentümer der betr. Wechsel u. s. w. geworden und der K.-V. an Stelle des Gemeinschuldners nach allen bürgerlichen Rechten dem andern Teile gegenüber zur Rückgabe verpflichtet sei (Bem. 3). Dagegen wurde die Vorschrift, soweit eine Vorleistung auf eine von dem Gemeinschuldner bedungene Gegenleistung in Frage steht, verworfen, weil nach den in § 21 aufgestellten Grundsätzen (Bem. II. 1 zu diesem §) die Rückforderung der als Zahlung bezw. zur Deckung hingegebenen Wechsel ausgeschlossen sei;

c. die Vorschrift des § 25 pr. K.-O., nach welcher „Waren und andere Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner zum Verkauf in Kommission gegeben sind, zurückgefordert werden können, sofern dieselben zur Zeit der K.-E. bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten, der sie für den Gemeinschuldner besitzt, in Natur unterscheidbar vorhanden sind.“ Diese Vorschrift wurde als mit dem Art. 376 und 377 H.-G.-B. nicht völlig vereinbar bezeichnet und noch weiter bemerkt, dass das Bedürfnis, dem Kommittenten die Einforderung des ausstehenden Kaufpreises von dem Dritten, dem Käufer, zu sichern, jetzt durch Art. 368 H.-G.-B befriedigt sei und, was die Konkursverhältnisse betreffe, in § 38 K.-O. seine Erledigung finde.

5) Da das Gesetz nicht von „Sachen“, sondern von „Gegenständen“ spricht (Bem. 3 zu § 38 und Vorbem. zu Tit. V.), unterliegt es keinem Zweifel, dass auch Gesamtheiten von Sachen (universitates rerum distantium), soweit sie nach bürgerlichem Rechte als Ganzes vindiziert werden können, sowie Rechte der Aussonderung unterliegen. Auch auf Forderungen, welche der K.-V. für die Masse geltend machen will, bezüglich deren aber ein Dritter behauptet, Gläubiger zu sein, muss § 35 zur Anwendung kommen.[1]) Wenn der Verkäufer im Auftrage des Käufers die Sache weiterveräussert hat und in Konkurs geraten ist, steht hiernach nicht dem K.-V., sondern dem Käufer als dem eigentlichen Veräusserer die Kaufpreisforderung und demgemäss ein Aussonderungsrecht zu.[2]) Hat der Gemeinschuldner vor der K.-E. eine Forderung auf einen Dritten übertragen, so ist ein Aussonderungsrecht in Beziehung auf diese nur dann begründet, wenn die Übertragung auch Dritten gegenüber wirksam ist, fällt sonach weg, wenn hierzu die vorherige Benachrichtigung des Schuldners bezw. eine Zustellung erfordert wird und es an einer solchen fehlt. Nach rhein. Rechte kann in solchen Fällen der Erwerber die Aussonderung der Forderung nicht beanspruchen, gehört diese vielmehr zur Masse, da nach Art. 1690 C. c. der Erwerber dem Schuldner gegenüber nicht als Gläubiger gilt. Der K.-V. kann hiernach von dem Schuldner Zahlung fordern.[3]) In demselben Sinne wurde nach weimarischem Rechte entschieden.[4]) Dagegen steht nach gemeinem Rechte dem Erwerber, auch

[1]) So auch: O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 101; Endemann S. 341, 342 und die Kommentare. A. M. Meves S. 54.

[2]) R.-G. (II.) 17. Mai 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 1584.

[3]) R.-G. (II.) 24. April 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 2177.

[4]) R.-G. (III.) im Dez. 1884, ebendas. Nr. 226.

wenn eine Benachrichtigung des Schuldners zur Zeit der K.-E. nicht stattgefunden hat, ein Aussonderungsrecht zu, da er durch die Übertragung der Forderung ohne weiteres Gläubiger geworden ist. Eine nochmalige Übertragung der Forderung durch den K.-V. würde das Aussonderungsrecht des ersten Erwerbers nicht ausschliessen, da jener nicht mehr Rechte auf einen Dritten übertragen kann, als er selbst hat.[1]) Hat der K.-V. die Forderung eingezogen, so kann der Erwerber seinen Anspruch nach § 38 geltend machen. Die Aussonderung eines Forderungsrechtes ist im allgemeinen nicht, wie v. Völderndorff a. a. O. annimmt, durch Abtretung der Forderung zu bewirken, die ja nicht zur Masse gehört, sondern dem Aussonderungsberechtigten selbst zusteht. Es kann vielmehr nur eine Anerkennung des wahren Sachverhaltes durch den K.-V. bezw. dessen Feststellung durch das Gericht verlangt werden. Bei Hypothekforderungen wird der Aussonderungsanspruch regelmässig einen Eintrag in das Hypothekenbuch voraussetzen, so dass auch hier eine weitere Handlung nicht notwendig ist.[2])

Besondere Verhältnisse liegen vor, wenn Art. 368 Abs. 2 des H.-G.-B. Anwendung findet, nach welchem bestimmte Forderungen, welche dem Kommissionär aus einem von ihm abgeschlossenen Geschäfte gegen einen Dritten zustehen, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern kraft gesetzlicher Vorschrift als Forderungen des letztern zu behandeln sind. In diesem Falle kann der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs Aussonderung der Forderung verlangen, da der K.-V. nicht geltend machen kann, dass diese dem Gemeinschuldner zustehe und die K.-O. das nach dem bürgerlichen Rechte begründete Aussonderungsrecht nicht beseitigt, sondern aufrechterhalten hat.[3]) Da nach Abs. 1 des Artikels 368 der Kommittent die Forderung erst nach erfolgter Abtretung dem Schuldner gegenüber geltend machen kann, genügt aber hier ein Anerkenntnis des K.-V. nicht zur Verwirklichung der Aussonderung. Vielmehr kann der Kommittent eine förmliche Abtretung der Forderung verlangen.[4])

6) Bezüglich der Einkaufskommission wurde in den Mot. (S. 161, 162) bemerkt, die Frage, ob der Kommissionär das Eigentum an den von ihm gekauften Sachen für sich oder für den Kommittenten erworben habe, sei in der Regel nach Art. 376 H.-G.-B. zu beurteilen; dagegen entscheide, sofern diese Vorschrift nicht zur Anwendung komme, das allgemeine bürgerliche Recht. Nun erlangt aber bei der Einkaufskommission zunächst nicht der Kommittent, sondern der Kommissionär das Eigentum an den gekauften Sachen bezw. (soweit nicht Art. 368 Abs. 2 zur Anwendung kommt) das den Gegenstand des Geschäftes bildende Forderungsrecht. Dem ersteren steht hiernach im Konkurs des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht regelmässig nicht zu, es sei denn, dass das Eigentums- oder Forderungsrecht aus einem andern Grunde vor der K.-E. auf ihn übergegangen, der Gegenstand aber thatsächlich in der Masse verblieben ist.[5]) Umgekehrt liegt die Sache bei der Verkaufskommission. Hier erlangt der Kommissionär den Besitz der zu verkaufenden Sache nur als Stellvertreter des Kommittenten, welcher solange Eigentümer dieser Sache bleibt, bis der Kommissionär durch Übertragung des Eigentums oder Forderungsrechtes seinen Auftrag ausgeführt hat. Durch den blossen Abschluss des Geschäftes seitens des Kommissionärs wird das Aussonderungsrecht des Kommittenten noch nicht verloren.

1) V. Windscheid Bd. 2 § 331, bes. Anm. 10 mit Litteratur.

2) V. Hans. Gerichtsz. Bd. 7 (Beibl.) S. 289.

3) O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 102; Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 129. 130; von Hahn, H.-G.-B. Art. 368 § 3 S. 464; Puchelt, H.-G.-B. Art. 368 Nr. 4 Bd. 2 S. 367; Makower, H.-G.-B. Art. 368 Anm. 13 S. 391; Laband in Goldschmids Z. Bd. 9 S. 457; R.-O.-H.-G. 28. Juni 1872, Entsch. Bd. 7 S. 16 ff., bes. S. 21.

4) V. Perl a. a. O. S. 130; R.-G. (III.) 15. März 1880, Entsch. Bd. 1 S. 314, 315.

5) V. hiezu wie bez. der folgenden Fragen: Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 94 ff.

Nicht der Anspruch des Dritten auf Übertragung, sondern erst die Übertragung selbst beseitigt das Recht des Kommittenten, auf welchem sein Aussonderungsanspruch beruht. Ist der Kommissionär gemäss Art. 376 H.-G.-B. als Selbstkäufer aufgetreten und befindet er sich im Besitze der Ware, so erlischt dagegen das Aussonderungsrecht des Kommittenten ohne weiteres, weil eine besondere Übertragungshandlung nicht erforderlich ist. Solange der Kommittent seinen Aussonderungsanspruch noch nicht geltend gemacht hat, kann übrigens der K.-V. von der ihm durch § 15 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen. Auch in diesem Falle ist sonach der zur Zeit der K.-E. gegebene Zustand nicht unbedingt für die Frage entscheidend, ob ein Aussonderungsanspruch besteht (Bem. 1). Hat der Kommissionär die Sache in auftragswidriger Weise veräussert, so wurde durch seine Handlung regelmässig Eigentum nicht übertragen. Dem Kommittenten kommt sonach im Konkurse des Erwerbers ein Aussonderungsrecht zu, sofern ihm nicht der gute Glaube des Erwerbers entgegensteht (Art. 305—307 H.-G.-B. und Art. 74 und 98 Z. 9 W.-O.). Sofern der Verkaufskommittent die Aussonderung der zu verkaufenden Sache wegen Ausführung des Auftrages nicht verlangen kann, steht ihm bezüglich der Kaufpreisforderung ein Aussonderungsanspruch zu (Art. 368 Abs. 2 H.-G.-B. und Bem. 5).[1])

7) In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt den Antrag, hinter § 35 (als § 35a) beizufügen: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie zur Sicherung gewisser, bei der Übertragung bezeichneter, künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der K.-E. noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt“. Hierzu bemerkte er, sein Antrag stimme im wesentlichen mit § 24 pr. K.-O. überein, nur habe er den Ausdruck „übermacht“ durch „übertragen“ ersetzt und die Fälle ausgeschieden, wo das Papier „zur Deckung,“ nicht zur blossen Sicherung übergeben worden sei. Dieser Antrag, dessen Notwendigkeit u. a. dadurch begründet wurde, dass das R.-O.-H.-G. annehme, ein in gewöhnlicher Weise girierter Wechsel gehe, obgleich er nur zu Inkassozwecken begeben werde, in das Eigentum des Empfängers über, wurde aber abgelehnt, nachdem er als teils überflüssig, teils gefährlich bezeichnet und bemerkt worden war: „das R.-O.-H.-G. habe nie entschieden, dass der Inkassogiratar dritten Personen gegenüber als Eigentümer des Wechsels anzusehen sei; auf das Verhältnis zwischen Indossataren und Indossant beziehe sich die fragliche Entscheidung nicht.[2]) Dieses Verhältnis werde durch die lediglich formale Übertragung oder Cession nicht berührt, vielmehr komme alles auf die materielle Ursache der Übertragung an“ (K. S. 28 ff., 227 ff., 163 ff). Da Übereinstimmung darüber bestand, dass in den angeführten Fällen ein Aussonderungsanspruch bestehe und die Meinungsverschiedenheit sich nur darauf erstreckte, ob den Urteilen des R.-O.-H.-G. die ihnen beigelegte Tragweite zukomme und ob nicht durch Aufnahme eines derartigen § Missverständnisse entstehen könnten, wurde als Ansicht der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll festgestellt: „Durch § 35 soll nicht

[1]) Dungs in Gruchot Bd. 32 S. 11; Perl a. a. O. S. 129; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 99 ff., bes. S. 102.

[2]) V. die Urt. des R.-O.-H.-G. vom 20. Dez. 1870, 2. Dez. 1871 und 9. April 1872, Entsch. Bd. 1 S. 170 ff., Bd. 4 S. 191 ff. und Bd. 6 S. 44 ff., in welchen entschieden ist, der Wechselschuldner könne gegenüber der Klage des Indossatars auch dann keine Einreden aus der Person des Indossanten geltend machen, wenn er behaupte, es liege ein blosses Prokura-Indossament vor und die Indossierung sei nur vorgenommen worden, um seine Einreden abzuschneiden; ferner: Thöl, Handelsr. Bd. 2 S. 741 § 182 Nr. 5, und Seuffert, Archiv Bd. 12 S. 255, Bd. 18 S. 265 ff., Bd. 25 S. 426 ff. Die Zulässigkeit der Einrede wurde angenommen in Seuffert, Archiv Bd. 19 S. 65 ff. und Bd. 22 S. 250 ff., ferner im Arch. f. Wechselr. Bd. 14 S. 246 ff., Bd. 15 S. 113 ff., bes. S. 163.

ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung“, „zur Sicherung“ oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält.“ Diese Ansicht ist auch als richtig anzusehen. Die W.-O. regelt bloss die wechselmässigen Befugnisse und Verpflichtungen. Wenn nach ihr der Indossatar, sofern dem Giro eine Beschränkung nicht beigefügt wurde, Dritten, namentlich dem Wechselschuldner gegenüber unbedingt als Eigentümer gilt, so folgt daraus nicht, dass er auch dem Indossanten gegenüber als Eigentümer gelten muss. Vielmehr ist für das materiellrechtliche Verhältnis zwischen dem Indossanten und dem Indossatar das dem Indossament zu Grund liegende Geschäft entscheidend. Liegt nach diesem bloss ein Prokura- oder Inkasso-Indossament vor, so kann der Indossant vom Indossatar jederzeit die Rückgabe des Wechsels verlangen. Er ist demnach diesem und folgeweise auch der Masse gegenüber, soweit es sich um das rein civilrechtliche Verhältnis handelt, als Eigentümer anzusehen. Der Indossatar ist nicht anders gestellt als der Besitzer eines Inhaberpapieres, der Dritten gegenüber als Eigentümer gilt aber denjenigen als Eigentümer anerkennen muss, der ihm das Papier zur Aufbewahrung anvertraut hat.[1])

§ 36.

Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung.

(E. § 36; M. S. 162 ff.; K. S. 32 ff.; pr. K.-O. §§ 26 u. 27.)

Ablieferung S. 189 ff.
Absendungsort S. 187.
Aufrechnung S. 188.
Ausländischer Konkurs S. 185.
Dinglichkeit S. 194.
Distanzgeschäft S. 187.
Einkaufskommissionär S. 187, 189.
Erfüllungsort S. 187, 189.
Gewahrsam S. 189—191.
Identität S. 186, 187.
Inländisches Recht S. 185.
Kredit S. 188.
Mehrheit d. Lieferungen S. 188, 189.
Platzgeschäft S. 187, 191.
Provision S. 189.
Veränderung der Ware S. 186, 187.
Vermischung der Ware S. 186.
Übergabe des Frachtbriefs S. 190.
Ware, Begriff S. 186.
Wahlrecht des K.-V. S. 191 ff.
Wechselbegebung S. 188.
Weiterveräusserung S. 195—197.
Wirkung S. 191 ff.
Zahlung S. 188, 189.

Litt.: Oetker, Das Verfolgungsrecht nach § 36 der R.-K.-O.

[1]) O.-A.-G. Lübeck 18. Dez. 1856 in Seuffert, Arch. Bd. 12 Nr. 67 S. 92 ff., Thöl Bd. 2 S. 439 ff. § 117 u. S. 444 § 118; Hoffmann im Arch. für Wechselr. Bd. 14 S. 246; v. Canstein, Wechselr. S. 451, Dernburg Bd. 2 § 117 Anm. 7; Dungs in Gruchot Bd. 32 S. 11 ff.; Fitting § 22 Anm. 5; Perl a. a. O. und sämtliche Kommentare, ferner R.-G. (I.) 18. Juni 1890, Jur. Woch.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Während dem Käufer, der zur Zeit der K.-E. über das Vermögen des Verkäufers noch nicht in den Besitz der von ihm gekauften Sache gelangt ist, früher nur in Bremen eine Sonderstellung eingeräumt war, und unter gewissen Verhältnissen das Recht zustand, die Herausgabe dieser Sache vom K.-V. zu verlangen, wurde durch zahlreiche Vorschriften (M. S. 162 ff.) dem Verkäufer schon früher die Befugnis gewährt, eine an den Gemeinschuldner veräusserte, noch nicht bezahlte Sache aus der Masse zurückzufordern. Alle für den Konkurs geltenden besondern Vorschriften dieser Art, welche Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen über die Vindikation und den Erwerb des Eigentums bezw. die rechtliche Wirkung eines gültigen Vertrags bilden, sind nun durch die K.-O. (§ 4 E.-G.) aufgehoben worden. Ein solches Rückforderungsrecht kann fernerhin nur geltend gemacht werden, wenn es sich um einen „dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand" handelt, und „nach den ausserhalb des Kv. geltenden Gesetzen" ein Aussonderungsanspruch begründet ist (§ 35), oder wenn die Ausnahmevorschrift des § 36 zur Anwendung kommt. Soweit dessen Voraussetzungen nicht vorliegen, steht der Verkäufer, der aufgehört hatte, Eigentümer der verkauften Sache zu sein, dem Käufer gleich, der das Eigentum an der gekauften Sache noch nicht erworben hat. Es steht ihm wie jedem andern K.-Gl. gegen den Gemeinschuldner nur eine persönliche Forderung zu. Im Gebiete des rhein. Rechtes kann der Verkäufer auch auf Grund des Art. 2102 Z. 4 C. c. ein Aussonderungsrecht nicht in Anspruch nehmen (Bem. IV. 2 zu § 21). Das Rückforderungsrecht kann unter den Bedingungen des § 36 in jedem vor einem deutschen Gericht schwebenden Kv. geltend gemacht werden, ohne Unterschied, ob der Absender Inländer oder Ausländer ist, denn was zur Masse gehört, bestimmt das Recht des Konkursgerichts einheitlich gegenüber Ausländern wie Inländern.[1]) Dagegen hängt es aus demselben Grunde vom ausländischen Rechte ab, ob in einem ausländischen Kv. das Rückforderungsrecht zusteht.[2]) Der Absender kann selbstverständlich die auf dem Transport befindliche Ware vor Überschreitung der deutschen Grenze nach den Bestimmungen des Eisenbahnfrachtrechts zurückrufen; dieses Recht ist jedoch unabhängig vom Konkursrecht, insbesondere von § 36 K.-O., der sich nur auf das inländische Kv. bezieht. Im übrigen ist die Frage, ob der Verkäufer in Deutschland von dem Inhaber der von ihm abgesandten Ware mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung oder den Konkurs des ausländischen Schuldners die Herausgabe der Ware verlangen kann, oder ob diesem (als Spediteur) ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, nach dem am Wohnsitz des Beklagten geltenden Rechts zu beurteilen.[3])

2) Das Recht des Verkäufers, die unbezahlten Waren zurückzufordern, wenn sie zur Zeit der K.-E. noch unterwegs waren (right of stoppage in transitu, droit de suite) ist bei allen Handelsvölkern althergebracht.[4]) Es fand ungeachtet der darin enthaltenen Begünstigung des Verkäufers in der K.-O. deshalb Anerkennung, weil die Einrichtung fast in allen Rechtsgebieten Deutschlands bestand, in denen die Vindikation nicht schon nach allgemeinen Grundsätzen oder weitergehenden Sonderbestimmungen statthaft war (M. S. 165). Weiter wurde hierbei die ausnahmsweise, aus der Natur des in Rede stehenden Geschäftes entspringende Lage des auswärtigen Verkäufers berücksichtigt. Bei Distanzgeschäften ist der Verkäufer in der Regel genötigt, die Waren aus der Hand zu geben, und kann erst Zahlung

S. 373 Nr. 11. A. M. anscheinend Renaud S. 142. Goldschmidt sagt in der Z. f. Handelsr. Bd. 8 S. 326, dass derjenige, welcher den Wechsel durch Indossament, aber ohne Absicht der Eigentumsübertragung begeben habe, Eigentümer des Wechsels sei. Dagegen bemerkt er S. 342: Art. 74 W.-O. enthalte eine vollständige Theorie des Eigentums an der Wechselurkunde.

[1]) v. Bar Bd. 2 S. 580.

[2]) Anscheinend a. M. v. Bar a. a. O. und O.-L.-G. Hamburg 16. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Hauptbl.) S. 34 ff.

[3]) O.-L.-G. Hamburg a. a. O.

[4]) V. insbes. R.-O.-H.-G. 7. Juni 1872, Entsch. Bd. 6 S. 298 ff.

verlangen, wenn der Käufer die Ware empfangen und angenommen hat. Es liegt also nicht eine auf seinem freien Willen beruhende Stundung des Kaufpreises vor. Vielmehr hat diese in dem Zwange der Verhältnisse ihren Grund. Da der Handel zwischen entfernten Orten unmöglich gemacht würde, wenn man den Verkehr auch hier auf die sofortige Zahlung verweisen wollte, musste dem Verkäufer für den Fall des Konkurses des Käufers die Befugnis eingeräumt werden, die Waren, welche sich noch unterwegs befinden, zurückzufordern. Die Bezeichnung „Rückforderungsrecht" mit dem von Oetker empfohlenen Ausdruck „Verfolgungsrecht" zu vertauschen, empfiehlt sich nicht, weil das Gesetz selbst die Bezeichnung „zurückfordern" gebraucht. Zudem passt dieser Ausdruck auch für den Fall, in welchem eine andere Person als der Absender das Aussonderungsrecht geltend macht, vollkommen, während die Bezeichnung „Verfolgungsrecht" die rechtliche Natur des Anspruches, insbesondere dessen obligatorischen Charakter weniger deutlich hervortreten lässt.

II. Voraussetzungen des Rückforderungsrechts.

1. Gegenstand des Kaufes.

§ 36 findet auf jegliche Ware, auf jede einem Handelsverkauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung. Als Waren werden zwar im allgemeinen bewegliche Sachen nur dann bezeichnet, wenn sie den Gegenstand eines Handelsgeschäftes bilden.[1] In § 36 ist aber das Wort in einem weitern Sinne verstanden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob ein Handelsgeschäft in Frage steht, sondern nur darauf, ob die betreffende Sache Gegenstand eines solchen Geschäftes sein kann. Die Voraussetzungen des § können auch dann vorliegen, wenn keiner der Vertragschliessenden Kaufmann ist, z. B. wenn ein Ackersmann oder Bergwerksbesitzer Getreide, Kartoffeln, Obst, Kohlen u. s. w. an einen Nichtkaufmann übersendet oder ein Gutsbesitzer sich Holz, Möbel u. s. w. schicken lässt.[2] Als Waren sind auch Inhaberpapiere, nicht aber auch Forderungen anzusehen, da unkörperliche Gegenstände nicht unter den Begriff der Waren fallen.[3]

Im C. de com. (Art. 580) und im bad. Handelsgesetz (Satz 244) war vorgeschrieben, dass die Identität der vindizierten Waren mit den verkauften feststehen müsse, dass diese „n'ont subi en nature et quantité ni changement ni altération", und dass weder die ursprüngliche Verpackung noch die Stricke oder Zeichen geändert oder abgemacht worden seien. Von einer derartigen Vorschrift wurde in der K.-O. absichtlich Umgang genommen, weil die Notwendigkeit des Nachweises der Identität der zurückgeforderten Waren mit den abgesendeten selbstverständlich ist, weitere Beschränkungen aber dem Gemeinschuldner Gelegenheit geben, dadurch, dass er eine Ware auspackt, die andere dagegen unberührt lässt, den einen Gläubiger zu benachteiligen, den andern dagegen zu begünstigen (M. S. 167, 168). Die Ware ist dieselbe geblieben, obgleich ihre Substanz durch Naturgewalt eine Veränderung, z. B. eine Verschlechterung durch Seewasser, Hitze u. s. w. erlitten hat. Dagegen hört sie auf, dieselbe zu sein, sobald sie einer mit Bewusstsein vorgenommenen Umgestaltung durch menschliche Arbeit (Spezifikation) unterworfen, z. B. Eisen oder Holz zu Geräten, Maschinen, Waffen u. s. w., oder Wolle zu Tuch, eine Tierhaut zu Leder verarbeitet worden ist. Das Gleiche ist der Fall, wenn eine Verbindung oder Vermischung mit andern Sachen zu einem untrennbaren Ganzen stattgefunden hat, was regelmässig nicht

[1]) Goldschmidt, Handelsr. II. Aufl. Bd. 2 S. 5 ff.; v. Hahn, H.-G.-B. Art. 271 Bd. 2 S. 8 § 5; Thöl, Handelsr. Bd. 1 §§ 31 bezw. 204; Endemann, Handb. Bd. 2 S. 6 und 7.

[2]) Endemann S. 350; Fitting § 22 Anm. 8; Oetker S. 11; v. Völderndorff Bd. 1 S. 459; Willenbücher S. 74 Nr. 2 b.; v. Wilmowski S. 182 Nr. 3. A. M.: v. Sarwey S. 250; Stieglitz S. 208, 209; Wengler S. 265.

[3]) V. Oetker S. 11, 12.

ohne menschliche Arbeit eintritt. Ist mit Rücksicht auf eine derartige Veränderung das Aussonderungsrecht ausgeschlossen, der veränderte Gegenstand aber in der Masse vorhanden oder diese doch um den vollen Wert der Sache oder einen Teil desselben bereichert, so steht dem Verkäufer eine Masseforderung zu (§ 52 Z. 3). Kann die Verbindung oder Vermischung mit einer andern Sache ohne besondere Schwierigkeiten wieder gelöst werden, so wird dadurch die Identität der vorhandenen Ware mit der abgesendeten nicht aufgehoben. Es ist dann die Verbindung zu beseitigen und, soweit eine Vermischung in Frage steht, entweder eine Scheidung vorzunehmen oder ein entsprechender Teil der vorhandenen Ware, z. B. des aus gleichartigem Getreide bestehenden Haufens, herauszugeben. In der Regel wird allerdings, wenn eine derartige Verbindung oder Vermischung stattgefunden hat, die Ware am Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam des Käufers oder einer andern Person für ihn gelangt sein.[1])

2. *Absendung von einem andern Orte.*

Damit § 36 zur Anwendung kommen kann, wird ein sog. Distanzgeschäft (Art. 344 H.-G.-B.) vorausgesetzt, auf Grund dessen die Ware dem Gemeinschuldner von einem andern Orte aus zugesandt wurde, sei es, dass die Versendung von dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär oder von einem Vertreter derselben vorgenommen wurde. Bei Platzgeschäften kommt § 36 nicht zur Anwendung. Wurde die Absendung nicht von dem Verkäufer oder in dessen Auftrag, sondern vom Käufer selbst angeordnet, so findet § 36 keine Anwendung. Dabei ist es gleichgültig, ob der Käufer die Ware nach dem ursprünglichen Vertrag am Wohnorte des Verkäufers in Empfang zu nehmen hatte, oder ob dieser ihm die bei einem Dritten lagernde Ware überwiesen hat, derart, dass es von seinem Belieben abhing, die Ware selbst von dem Dritten in Empfang zu nehmen oder sie sich zuschicken zu lassen. In beiden Fällen hat der Verkäufer die Ware freiwillig aus der Hand gegeben und ist von einem Distanzgeschäft im Sinne des § 36 nicht mehr die Rede.[2]) Dagegen kommt darauf nichts an, ob der Ort, an welchen die Ware abgesandt worden ist, oder ob ein anderer Ort in Ansehung der Verbindlichkeit des Käufers als Erfüllungsort gilt und auf wessen Kosten und Gefahr die Versendung erfolgte. Vorausgesetzt wird auch eine Versendung „an den Gemeinschuldner". § 36 findet sonach keine Anwendung, wenn der Verkäufer die Ware an einen Dritten zu senden hatte, welcher sie von seinem in Konkurs geratenen Käufer gekauft hat.[3]) Unerheblich ist es, ob das Eigentum bereits auf den Gemeinschuldner übergegangen ist oder noch dem Absender zusteht.[4]) Im letztern Falle kann nur neben § 36 noch § 35 angerufen werden. Der Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner, durch welchen ein Aussonderungsrecht begründet werden soll, muss übrigens vor der K.-E. (durch den Vertrag oder durch Übergabe von Dispositionspapieren) stattgefunden haben. Der Gemeinschuldner kann nach der K.-E. Erwerbshandlungen nicht mehr vornehmen (§ 5). Wollte der K.-V. aber die Sache mit dem Willen, deren Eigentum zu erwerben, in seinen Gewahrsam bringen, so würde er sich damit für die Erfüllung des Vertrages entscheiden. Damit wäre dem Aussonderungsrechte die Grundlage entzogen.

Dass auch der Einkaufskommissionär das Rückforderungsrecht habe, wurde ausdrücklich ausgesprochen, weil derjenige Einkaufskommissionär, welcher nicht als Selbstverkäufer auftrete, nicht als Verkäufer gelte (Art. 376 H.-G.-B.) und der Dritte, von welchem der Kommissionär gekauft habe, nach Art. 360 H.-G.-B. keine Rechte gegen den Auftraggeber erlange, bei strenger Auslegung sonach weder der eine noch der andere als Verkäufer Aussonderung verlangen könne (M. S. 166).

[1]) V. Oetker a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 466.
[2]) R.-G. (II.) 13. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 180 Nr. 7.
[3]) V. Oetker S. 12.
[4]) A. M. Wengler S. 264.

3. *Nichtbezahlung des Kaufpreises.*

Das Rückforderungsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn die in Frage stehenden Waren noch nicht vollständig bezahlt sind. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob ein grösserer oder geringerer Teil des Kaufpreises rückständig ist; ebenso ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Zahlung noch nicht erfolgte. Auch wenn dem Gemeinschuldner Kredit bewilligt wurde und der Zeitpunkt der Zahlung noch nicht eingetreten ist, findet § 36 Anwendung. Wurden dem Verkäufer Wechsel gegeben, so kommt es darauf an, ob die Hingabe „an Zahlungsstatt" oder „zahlungshalber" erfolgte, d. h. ob die Wechsel als Zahlung angenommen wurden, was im Zweifel nicht zu vermuten ist, oder ob die Forderung erst durch Eingang des Wechsels getilgt werden sollte. Im letztern Falle kann der Gläubiger das Rückforderungsrecht ausüben, wenn er Zahlung nicht erhalten hat oder diese ohne sein Verschulden wieder herausgeben musste (v. Bem. I. 3 zu § 15 S. 69 Text zu Anm. 2).[1])

Wenn eine Forderung aus dem Kaufvertrage überhaupt nicht mehr besteht, kann § 36 nicht zur Anwendung kommen. Das Bestehen einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung schliesst aber diese Anwendung nicht unbedingt aus.[2]) Vielmehr verliert das Rückforderungsrecht erst dadurch seine Grundlage, dass die Aufrechnung vollzogen und somit die Forderung des Verkäufers bezw. Einkaufskommissionärs erloschen ist. Wo die sich gegenüberstehenden Forderungen, wie es nach rhein. Rechte (Art. 1290 C. c.) unter bestimmten Voraussetzungen der Fall ist, durch die von Rechts wegen eintretende Wettschlagung ohne weiteres erlöschen, wird durch diese Wettschlagung ebenso wie durch die Zahlung des Kaufpreises das Rückforderungsrecht beseitigt. Dieselbe Wirkung hat, wenn die Aufrechnung nach dem geltenden Rechte durch Willenserklärung des Schuldners vollzogen wird, die darauf gerichtete Erklärung, welche die Kaufpreisforderung aufhebt. Soweit angenommen wird, die Aufrechnung werde vom Richter vollzogen, kommt es darauf an, ob durch dessen Ausspruch die Forderung des Verkäufers bezw. Einkaufskommissionärs erloschen ist. In allen diesen Fällen zieht der Untergang der Kaufpreisforderung, obgleich im Gesetze nur davon die Rede ist, dass die Ware noch nicht vollständig „bezahlt" sei, den Verlust des Rückforderungsrechtes nach sich, denn dieses letztere wurde nur mit Rücksicht auf das Bestehen dieser Forderung eingeräumt und die vollzogene Aufrechnung steht in ihren Wirkungen der Zahlung gleich. Würde dem Verkäufer das Recht zustehen, obgleich er nichts mehr zu beanspruchen hat, die Ware zurückzufordern, so würde er auf Kosten der K.-Gl. in ungerechtfertigter Weise bereichert.[3]) Stand der Gemeinschuldner mit dem Absender in laufender Rechnung und ist die Forderung des letztern als getilgt anzusehen, weil der Belastung des Gemeinschuldners mit der Kaufpreisforderung gleich grosse oder grössere Belastungen des Absenders gegenüber stehen, sich also kein Saldo zu dessen Gunsten ergiebt, so kann er ein Aussonderungsrecht gleichfalls nicht geltend machen.[4])

Wurden mehrere Sachen verkauft und nacheinander in verschiedenen Lieferungen versendet, so können, falls ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zur Zeit der K.-E. ein Teil der Waren noch unterwegs ist, diese Waren auch dann samt und sonders zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur noch für einen Teil dieser Waren geschuldet wird. Die auszusondernden Waren sind dann „noch nicht vollständig bezahlt". Sind die

[1]) V. Endemann S. 351, 352; v. Völderndorff Bd. 1 S. 462; v. Wilmowski S. 182 Nr. 4 a. E.; Willenbücher S. 75 Nr. 2 d.; Ldg. Dresden 15. Nov. 1882, Buschs Z. Bd. 8 S. 484.

[2]) V. Oetker S. 19; v. Völderndorff Bd. 1 S. 461.

[3]) A. M. v. Völderndorff a. a. O. Anm. 33.

[4]) V. Oetker S. 19. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 461.

einzelnen Lieferungen auf Grund besonderer Verträge erfolgt, so ist die Frage, ob die auszusondernde Ware bezahlt ist, für jede Lieferung besonders zu beurteilen.[1]

Dem Einkaufskommissionär gegenüber kann die abgesandte Ware erst dann als vollständig bezahlt gelten, wenn er nicht bloss für den Kaufpreis, sondern auch für seine Auslagen und Provision befriedigt worden ist.[2] Wenn der Gemeinschuldner gegenüber dem Dritten, von welchem der Einkaufskommissionär gekauft hat, die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises übernahm, so kann diese Übernahme nur dann als vollständige Bezahlung der Ware gelten, wenn der Einkaufskommissionär hierdurch dem Verkäufer gegenüber von jeder Verbindlichkeit befreit und zugleich für seine Nebenforderung befriedigt worden ist.[3] Hat der Verkäufer den Auftraggeber (Gemeinschuldner) an Stelle des Einkaufskommissionärs als Schuldner angenommen und diesen letzteren aus seiner Haftung entlassen, so steht diesem, der dann überhaupt nicht mehr als Einkaufskommissionär in Betracht kommt, keine Forderung gegen den Gemeinschuldner und deshalb auch ein Aussonderungsrecht nicht zu. Dagegen kann der Verkäufer selbst ein solches geltend machen, sofern die unterwegs befindliche Ware noch nicht bezahlt ist.[4]

4. *Voraussetzung der noch nicht erfolgten Ablieferung.*

Das Rückforderungsrecht kann nur ausgeübt werden, sofern die unbezahlten Waren zur Zeit der K.-E. noch unterwegs, d. h. entweder noch nicht an dem vertragsmässigen Bestimmungsort (Ablieferungsort) angekommen oder doch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt sind.[5] Nur der am Bestimmungsorte von diesem erlangte Gewahrsam hebt den transitus auf und schliesst deshalb das Rückforderungsrecht aus. Hat der Gemeinschuldner oder dessen Vertreter angeordnet, dass die Waren an einem andern Orte als dem Bestimmungsorte einstweilen auf Lager genommen werden und erst später weiterbefördert werden sollen, so ist das Aussonderungsrecht nicht verloren, denn die Waren sind noch nicht am Ablieferungsorte angekommen. Nur wenn die Ware nicht an den ursprünglich festgesetzten Ablieferungsort verbracht werden, sondern an einem andern Orte verbleiben soll, wird das Rückforderungsrecht dadurch beseitigt, dass die Ware dort in den Gewahrsam des Käufers oder einer andern Person für ihn gelangt.[6] Welcher Ort als Ablieferungsort anzusehen ist, muss im einzelnen Falle nach den thatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden.[7] Er kann im Vertrage ausdrücklich bestimmt sein, sich aber auch nur mittelbar aus den Bestimmungen desselben, z. B. daraus ergeben, dass ein Vertreter des Käufers die Ware an einem bestimmten Platze in Empfang zu nehmen hat. Ist die Bestimmung des Ablieferungsortes einer spätern Vereinbarung vorbehalten worden, und die letztere zur Zeit der K.-E. noch nicht erfolgt, so muss als Ablieferungsort ebenso wie in den Fällen, in welchen es an jeder Übereinkunft bezüglich desselben fehlt, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmende Erfüllungsort gelten. Wird während des Transportes die Bestimmung über den Ablieferungsort geändert und die Strecke, auf welcher die Ware befördert werden soll, abgekürzt, so gilt derjenige Ort als Ablieferungs-

1) V. Oetker S. 19, 20.

2) Oetker S. 20; v. Völderndorff Bd. 1 S. 462, 463.

3) Oetker und v. Völderndorff a. a. O.

4) v. Völderndorff Bd. 1 S. 463 Anm. 41.

5) R.-O.-H.-G. 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 24 S. 345; O.-L.-G. Hamburg 16. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Hauptbl.) S. 34 ff.

6) Oetker S. 13; v. Völderndorff Bd. 1 S. 466; Pariser Kassationshof 29. Nov. 1875; Sirey, Receuil J. 1878 S. 18, Goldschmidts Z. Bd. 24 S. 583; R.-O.-H.-G. 19. Jan. 1877, Entsch. Bd. 22 S. 68; R.-G. (I.) 30. Mai 1885, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 246, Urt. u. Anm. Bd. 2 S. 402; O.-L.-G. Hamburg 30. Jan. 1885, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) Bd. 6 S. 57.

7) R.-G. (I.) 30. Mai 1885 a. a. O.

ort, an welchem die Ware verbleiben bezw. dem Käufer oder einem Vertreter desselben übergeben werden soll. Das Rückforderungsrecht ist dann von dem Augenblicke an ausgeschlossen, in welchem die Ware an diesem Orte in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern ihn vertretenden Person gelangt ist.[1]) War die Ablieferung zur Zeit der K.-E. bereits erfolgt, so entfällt die Anwendung des § auch dann, wenn sie zur Zeit der Zahlungseinstellung noch ausstand. Dagegen ist andernfalls das Rückforderungsrecht endgültig erworben, und kann dadurch, dass sich der K.-V. nachträglich in den Besitz der Sachen setzt, nicht mehr beseitigt werden (M. S. 166). Ein von Frankenburger gestellter Antrag, statt „vor der Eröffnung des Verfahrens" zu setzen „am Tage vor der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Verfahrens", wurde von der Reichstagskommission abgelehnt (K. S. 33). Bezüglich der Frage, wann die Ablieferung als vollzogen gilt, hatte die pr. K.-O. (§ 26), um den im franz. Rechte (Art. 576 Fall.-Ges.) wegen der Bezeichnung „magasin" entstandenen Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen, gesagt, die Waren dürften noch nicht abgeliefert sein: „in das Warenlager oder in einen andern Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Schuldners zu halten". Dem schliesst sich die K.-O. an, in welcher nur dem juristisch-technischen Wort „Gewahrsam" der Vorzug vor der Ausdrucksweise der pr. K.-O. gegeben wurde. Unter Gewahrsam ist die thatsächliche Innehabung zu verstehen.[2]) Hiernach kommt es nicht darauf an, an welchem Orte und durch wen der Gemeinschuldner den Besitz ausübt, sondern ist nur der Umstand entscheidend, ob er sich zur Zeit der K.-E. thatsächlich im Besitze der Waren befand. Die Übergabe an einen Verkaufskommissionär, Spediteur oder Pfandgläubiger des Gemeinschuldners schliesst wie diejenige an diesen selbst die Rückforderung aus (M. S. 167). Auch der Frachtführer kann den Gewahrsam für den Empfänger der Ware ausüben. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn bei der Übergabe des Frachtbriefes ausbedungen wurde, der Frachtführer solle von da ab die Ware für den Empfänger in Verwahrung nehmen[3]) Der Umstand, dass der Frachtbrief übergeben worden ist, rechtfertigt jedoch für sich allein ebensowenig, wie die auf Grund des Art. 405 H.-G.-B. erhobene Klage die Annahme, dass der Frachtführer den Gewahrsam für den Empfänger ausübe. Art. 402 H.-G.-B. regelt nur das Vertragsverhältnis, in welchem der Frachtführer zu Absender und Empfänger steht, ist aber für die Besitzverhältnisse ohne Bedeutung.[4]) Die Sache kann sich auch dann im Gewahrsam des Gemeinschuldners befinden, wenn dieser den Besitz nicht für sich, sondern für einen andern ausübt. Ist dieser andere der Verkäufer selbst, so kommt § 35 zur Anwendung. Die Frage, ob die Ware bereits in den Besitz des Gemeinschuldners gekommen war, ist übrigens nur dann von Bedeutung, wenn diese zur Zeit der K.-E. überhaupt schon am Orte der Ablieferung angekommen ist. Wenn sie sich noch auf dem Transporte befindet, kommt § 36, wie schon der Wortlaut des Gesetzes („und") ergiebt, immer zur Anwendung. Gerade weil man in vielen Fällen sagen kann, der Schiffer, Fuhrmann, die Eisenbahnverwaltung u. s. w. übe von einem gewissen Zeitpunkte an den Gewahrsam für den Käufer aus, es beginne z. B. dessen Besitz in dem Augenblicke, in dem der Verkäufer den Ladeschein oder das Konnossement aus den Händen gegeben, wurde die Fassung der pr. K.-O. geändert. Die Rückforderung ist hiernach auch dann nicht ausgeschlossen, wenn dem Gemeinschuldner vor der K.-E. ein auf Ordre

[1]) R.-O.-H.-G. 19. Jan. 1877, Entsch. Bd. 22 S. 70.

[2]) R.-G. (I.) 12. März 1883, Entsch. Bd. 8 S. 86.

[3]) R.-G. (II.) 9. Nov. 1883, Buschs Z. Bd. 8 S. 482 ff., bes. 490.

[4]) R.-G. (II.) 13. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 182 Nr. 12; R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 10 S. 70 ff. Bd. 24 S. 345 ff., bes. 352; v. Hahn H.-G.-B. Bd. 2 S. 636—639; Goldschmidt, Handb. Bd. 1 §§ 66, 75 u. 82 S. 627, 748, Anm. 36 u. S. 866; Eger Frachtr. S. 82 ff., 92, 98, 294 ff. u. 326. A. M. O.-L.-G. Dresden 21. März 1883, Buschs Z. a. a. O., Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 425 u. Urt. des O.-L.-G. Karlsruhe 26. Sept. 1890. Letzteres wurde vom R.-G. (II.) am 13. Febr. 1891 aufgehoben.

lautendes Konnossement übergeben worden war. Dieses verleiht wohl die thatsächliche Verfügungsgewalt, kann aber die Ankunft am Bestimmungsorte und den hier fehlenden Gewahrsam nicht ersetzen (M. S. 167). Nur wenn die Ware an dem Orte, an dem sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befindet, dem Käufer selbst oder dessen zur Empfangnahme (nicht zur Übernahme des Transportes) besonders beauftragten Bevollmächtigten übergeben und dann von einem Spediteur oder der Eisenbahn u. s w. ausgeliefert wird, kann § 36 keine Anwendung finden, weil dann ein Platzgeschäft vorliegt, bezw. sich das ursprünglich nicht als solches abgeschlossene Geschäft in ein solches verwandelt.

III. Inhalt und Wirkung des Rückforderungsrechtes.

1. Im allgemeinen.

Während nach der im franz. Recht herrschenden Auffassung das Rückforderungsrecht eine Auflösung des Kaufvertrages in sich schliesst. geht die K.-O. in Übereinstimmung mit dem engl. Rechte von dem Grundsatze aus, dass eine Auflösung des Kaufgeschäftes nicht eintrete, vielmehr lediglich die Erfüllung rückgängig gemacht und dem Verkäufer der aufgegebene Besitz wieder verschafft werde. Auch hier wird an dem Grundsatz festgehalten, dass gültige Verträge durch die K.-E. nicht aufgehoben werden, aber ausnahmsweise dem Verkäufer, dem nach § 21 nur eine Konkursforderung zustehen würde, das Recht eingeräumt, die Sache selbst zurückzufordern. Dieser soll befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte. Im übrigen soll es, wenn dem Verkäufer nicht ein anderweitiges gesetzliches oder vertragsmässiges Rücktrittsrecht zusteht, bei dem Kaufvertrag und demnach auch bei den Bestimmungen des § 15 sein Bewenden haben. Will der K.-V. auf der Erfüllung des Vertrages bestehen, so muss diese hiernach vollständig und nach beiden Seiten erfolgen; das Rücktrittsrecht wird hinfällig, wie auch ein Vindikationsrecht beseitigt werden würde. Will aber der K.-V. die Erfüllung des Vertrages nicht, so kann der Verkäufer unter Rücknahme der Ware seine vertragsmässige Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung anmelden (M. S. 168). In der Reichstagskommission wurde von Hagens erklärt, dass die Rückforderung eine solche im Sinne des englischen „right of stoppage in transitu" sein solle [1]) und sich der Unterschied zwischen dieser und der franz. Auffassung, von welcher der erste Entwurf ausgegangen sei, namentlich darin zeige, dass ausser dem Rückforderungsrechte noch eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung bestehe. Ausserdem wurde bemerkt, auch der Entwurf gehe davon aus, dass die Aufhebung des Eigentumsüberganges oder der Erfüllung ex tunc erfolge. Die K.-O. habe aber nur das Verhältnis des Verkäufers oder Absenders zur Masse zu regeln, während die Regelung des Verhältnisses zwischen den Absendern und dritten Personen Sache des bürgerlichen Rechtes sei; Art. 649 H.-G.-B., die Bestimmungen über das Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs u. s. w. würden in keiner Weise berührt (K. S. 33).

2. Wiedererlangung des Besitzes und Wahlrecht des Verwalters.

Bei dem Rückforderungsrechte, das § 36 dem Verkäufer und Einkaufskommissionär einräumt, handelt es sich in erster Linie darum, diesen Personen wieder den Besitz der Waren zu verschaffen, welche sie aus der Hand gegeben haben, und sie dadurch wieder in die Lage zu versetzen, in welcher sie sich vor der Absendung der Waren befanden. Durch diese Wiedererlangung des Besitzes sollen sie aber in den Stand gesetzt werden, die Herausgabe der Ware an den K.-V. solange zu verweigern, als nicht dieser erklärt, dass er an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen wolle und demgemäss auch die Erfüllung

[1]) R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 80 ff., bes. S. 85.

von dem andern Teile verlange (§ 15). Während ohne dieses Rückforderungsrecht der Absender nach § 21 die in den Besitz des K.-V. gelangten Waren in der Masse belassen und sich mit der auf seine Forderung entfallenden Dividende begnügen müsste, befindet er sich, wenn er die Ware zurückverlangt hat, in einer viel bessern Stellung und kann nur in Ansehung seiner Entschädigungsforderung in die Lage kommen, als K.-Gl. aufzutreten. Macht der K.-V. von seinem Rechte, die Erfüllung zu fordern, Gebrauch, so steht dem andern Teile wegen des Kaufpreises eine Masseforderung zu (§ 52 Z. 2, Bem. I. 4 zu § 15 S. 69). Verzichtet jener dagegen auf die Erfüllung, so behält der Absender die Ware. Mit Rücksicht darauf kann er aber auch nicht den Kaufpreis, sondern nur allenfalls Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangen. Dass der K.-V. in allen Fällen, in welchen § 36 Anwendung findet, von dem ihm nach § 15 zustehenden Wahlrecht Gebrauch machen darf, ergiebt sich schon daraus, dass in diesem Falle die Erfüllung rückgängig gemacht und, soweit es sich um den Besitz der Waren handelt, der Zustand wiederhergestellt wird, welcher vor deren Absendung bestand. Wie dieser Zustand dem Absender zugut kommt, so muss auch der K.-V. in der Lage sein, aus der Rückgängigmachung der Erfüllung die Folgerung zu ziehen, dass nun § 15 zur Anwendung zu kommen habe. Diese seine Befugnis wird durch § 36 Abs. 2 ausser Zweifel gestellt. Letztere Vorschrift hat hiernach nicht bloss die Bedeutung, dass § 15 dann Anwendung finden soll, wenn seine Voraussetzungen auch abgesehen von der Ausübung des Rückforderungsrechtes vorliegen würden. Bei dieser Auffassung wäre die Bestimmung auch vollständig überflüssig. Vielmehr hat sie den Sinn, dass mit Rücksicht auf die Rückgängigmachung der Erfüllung der K.-V. von dem ihm durch § 15 eingeräumten Wahlrecht in allen Fällen Gebrauch machen kann. Er hat hiernach auch dann das Recht, die Erfüllung zu verlangen, wenn der Vertrag seitens des Absenders, obgleich die Ware zur Zeit der K.-E. noch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt war, als erfüllt anzusehen ist.[1]) Dies kann recht gut der Fall sein, denn abgesehen davon, dass das Eigentum durch blossen Vertrag (nach rhein. Rechte) auf den Gemeinschuldner übergegangen sein kann, steht die Übergabe von Dispositionspapieren — Ladeschein und Ordrekonnossement — der Übergabe der Güter selbst gleich (Art. 416, 417, 649 H.-G.-B.). Ferner kann der Wohnort des Verkäufers Erfüllungsort und der Transportführer Stellvertreter des Käufers im Besitzerwerbe sein. Hiernach wird das Rückforderungsrecht des Absenders, für welches auch in diesem Falle kein Bedürfnis besteht, unter allen Umständen dadurch ausgeschlossen, dass der K.-V. erklärt, er verlange die Erfüllung des Kaufvertrages. Geschieht dies nicht, so kann dagegen der Absender verlangen, dass ihm die Waren, wo sie sich auch befinden mögen, ausgehändigt werden. Eine kostenfreie Zurücksendung der Waren hat er nicht zu beanspruchen, muss vielmehr, wie auch in den Mot. hervorgehoben wurde, die durch die Ausübung des Rückforderungsrechtes entstehenden Kosten zunächst selbst tragen, bezw. dem K.-V. ersetzen. Der Absender kann aber Ersatz der durch die Rücksendung entstandenen Kosten vom Gemeinschuldner beanspruchen, da diese Kosten durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden sind; demgemäss ist er befugt, die darauf bezügliche Entschädigungsforderung ebenso wie seine weitere Schadenersatzforderung im Kv. anzumelden.[2]) Um diese Anmeldung nicht auszuschliessen, wurde davon abgesehen, dem Absender ausdrücklich die Übernahme dieser Kosten aufzuerlegen (M. S. 168). Entscheidet sich der K.-V. für die Erfüllung, so fallen die Beförderungskosten, falls solche noch entstehen, demjenigen Teile zur Last, dem ihre Übernahme nach dem Vertrage obliegt, sind also regelmässig der Masse zu entnehmen. Sie bilden ebenso eine Masseschuld, wie der Kaufpreis selbst (§ 52 Z. 2). Besondere Kosten, welche durch das Anhalten der Ware oder

[1]) Oetker S. 21; v. Sarwey S. 251 Nr. 6, S. 255 Nr. 10; Stieglitz S. 213; v. Völderndorff Bd. 1 S. 467. A. M. v. Wilmowski S. 183 Nr. 6.

[2]) V. Oetker S. 110, 114, 115 und die Kommentare.

durch deren einstweilige Unterbringung entstehen, muss der Absender tragen, in dessen Interesse diese Kosten aufgewendet wurden. Nur soweit diese letzteren dadurch veranlasst oder vergrössert worden sind, dass der K.-V. seine Erklärung über die Erfüllung ungebührlich verzögert hat, kann der Absender nach § 52 Z. 1 deren Ersatz verlangen.[1] Wenn sich der K.-V. für Nichterfüllung entscheidet, darf der Absender nicht bloss die Ware zurücknehmen bezw. zurückfordern, sondern auch Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen und diese Forderung im Kv. anmelden. Sein Anspruch hierauf ergiebt sich daraus, dass der Kaufvertrag durch die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes nicht aufgehoben wird, sondern dem Gemeinschuldner gegenüber fortbesteht, die Erfüllung aber infolge der K.-E. unterbleibt oder doch in einer Weise erfolgt, welche § 21 als Nichterfüllung bezeichnet. Dieser § kommt hier, soweit es sich um die Folgen dieser „Nichterfüllung“ handelt, ebenso zur Anwendung, wie wenn die nach § 36 rückgängig gemachte Erfüllung gar nicht stattgefunden hätte (Bem. I. 5 zu § 15 Abs. 3 S. 70 und Bem. II. 2 zu § 21 S. 87, 88).[2] Die Entschädigungsforderung begreift das ganze Interesse des Absenders wegen Nichterfüllung, insbesondere auch den entgangenen Gewinn. Zinsen können von dem Zeitpunkte an verlangt werden, in welchem der Gemeinschuldner hätte erfüllen sollen. Konnte auch die Rückforderung erst nach dem Eintritte dieses Zeitpunktes geltend gemacht werden, so erstreckt sich doch der Anspruch auf Zinsen auf den ganzen vorausgegangenen Zeitraum bis zum Erfüllungstage zurückgerechnet.[3] Hat der Gemeinschuldner schon vor der K.-E. eine Teilzahlung auf den Kaufpreis geleistet, so ist diese bei der Frage, ob Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, zu berücksichtigen. Dagegen kann der K.-V., wenn er sich für Nichterfüllung entscheidet, hier so wenig wie in den Fällen, in welchen der Gemeinschuldner ungeachtet noch nicht erfolgter Absendung der Ware eine Teilzahlung geleistet hat, § 36 sonach nicht in Frage kommt, diese Teilzahlung bezw. den die Entschädigung übersteigenden Betrag zurückverlangen. Da der Kaufvertrag durch die Aussonderung der Ware und die Erklärung des K.-V., dass er den Vertrag nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen wolle, nicht aufgehoben wird, hat der Verkäufer ein Recht auf den Kaufpreis. Es kann sonach nicht geltend gemacht werden, dass er die gezahlte Summe ohne Rechtsgrund besitze. Thatsächlich mag der Käufer allerdings dadurch bereichert sein, dass er die Ware und die darauf geleistete Teilzahlung behalten darf. Aber dies ist vom K.-V. bei Entscheidung der Frage zu erwägen, ob er den vom Gemeinschuldner schon teilweise erfüllten Vertrag vollständig erfüllen wolle oder nicht. Entscheidet er sich im letztern Sinne, so kann er, wenn dem andern Teile daraus ein Vorteil erwächst, nicht Zurückgabe des Geleisteten verlangen.[4] Dass der K.-V., auch soweit es sich um die Ausübung des Aussonderungsrechtes handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden muss (Bem. III. 1 zu § 5 und Vorbem. 1 zu §§ 35 ff.) ist bei den unter § 36 gehörigen Fällen besonders klar, weil zwischen dem hier in Frage stehenden Rückforderungsrechte und der in § 15 vorgesehenen Befugnis des K.-V., den Vertrag an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen, ein enger Zusammenhang besteht und das Rückforderungsrecht gerade die Rückgängigmachung der dem Gemeinschuldner gegenüber erfolgten Erfüllung zum Gegenstand hat. Dies wird auch von Oetker (S. 122 ff.) anerkannt. Die Rückgabe der Ware und die Rückgängigmachung der Erfüllung fallen aber zusammen. Bei allem, was der K.-V. erklärt und thut, insbesondere bei der für das Rückforderungsrecht ent-

[1]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 468. A. M. Meisner S. 168, 169.

[2]) v. Sarwey S. 255; v. Völderndorff Bd. 1 S. 467; v. Wilmowski S. 183 Nr. 6; O.-L.-G. Darmstadt 9. Dez. 1885, Puchelts Z. Bd. 17 S. 478 ff. A. M. Fitting § 6 Anm. 8 und § 22 Anm. 10 a. E.

[3]) Oetker S. 126.

[4]) A. M. Oetker S. 130.

scheidenden Erklärung über die Erfüllung des Vertrages, handelt er in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners. [1])

3. Rechtliche Natur.

Das Rückforderungsrecht des § 36 ist ein wirkliches Aussonderungsrecht, da infolge dessen Gegenstände, welche an sich einen Bestandteil der Masse bilden würden und deren Rückgabe der Absender nach § 21 nicht verlangen könnte, aus der Masse ausgeschieden und dem Absender zurückgegeben werden müssen. Es unterscheidet sich aber von der Aussonderung nach § 35 dadurch, dass hier nicht „ein dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand" vorausgesetzt wird, das Rückforderungsrecht vielmehr besonders dann praktische Anwendung findet, wenn die zurückzufordernde Ware in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen war. Der dem Absender zustehende Anspruch ist nicht dinglicher Natur, denn es gehört zu seiner Begründung weder der Nachweis eines Eigentumsrechtes noch derjenige eines andern dinglichen Rechtes. Vielmehr ist er, wie auch die Fassung des Gesetzes („zurückfordern") zu erkennen giebt, als ein Forderungsrecht anzusehen, dessen Gegenstand die Rückübertragung des Besitzes an den auszusondernden Gegenständen bildet. Dadurch, dass dem Absender wieder der Besitz an den Waren eingeräumt, die von ihm vorgenommene oder doch begonnene Erfüllung sonach wieder rückgängig gemacht wird, ist der Zweck des Rückforderungsrechtes im wesentlichen erreicht, da nun der Absender dagegen geschützt ist, dass er einen Teil des Kaufpreises verliert. Wenn der Gemeinschuldner das Eigentum an den Waren erlangt hatte, kann aber der Absender, der wieder in die frühere Lage versetzt werden und die freie Verfügung über die Ware erhalten soll, verlangen, dass ihm auch das Eigentum an den Waren wieder zufällt, d. h. die Besitzübertragung in der Weise erfolgt, dass das Eigentum auf ihn übergeht.

Nicht gerechtfertigt ist die Annahme, sofern § 36 zur Anwendung komme, werde die Aussonderung auf Grund des dem Verkäufer kraft gesetzlicher Fiktion zustehenden Eigentumsrechtes an den Waren geltend gemacht, das nicht die Wirkung, sondern der Grund des Rückforderungsrechtes sei; die Aussonderung erfolge sonach auf Grund eines dinglichen Rechtes und werde mit einer dinglichen Klage verfolgt. Zu einer derartigen Annahme berechtigt zunächst nicht der Wortlaut des § 36, der nur von einem Rückforderungsrecht spricht und der ebensowenig wie § 35 voraussetzt, dass der Aussonderungsberechtigte Eigentümer des auszusondernden Gegenstandes sei. Ebensowenig ergiebt sie sich aus dem Grund des Gesetzes, durch das dem Absender nur die Möglichkeit verschafft werden soll, sich durch Zurückhaltung der Ware diese selbst oder den Kaufpreis zu sichern. Gegen die Auffassung, dass die Aussonderung durch eine Eigentumsklage erzielt werde, spricht der Umstand, dass zu Fiktionen nicht ohne zwingende Gründe gegriffen werden darf und dass selbst bei dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 36 der K.-V. das Rückforderungsrecht dadurch beseitigen kann, dass er sich für die Erfüllung entscheidet. Von dieser Erklärung würde es sonst abhängen, wer Eigentümer der Waren ist. [2]) Auch die geschichtliche Entwickelung des Verfolgungsrechtes spricht gegen die Annahme, dass dessen Geltendmachung als eine dingliche Klage (Eigentumsklage) aufzufassen sei oder doch die Wirkung habe, das Eigentumsrecht des Gemeinschuldners ohne weiteres und mit Wirkung für die Vergangenheit zu beseitigen. In Deutschland ging die herrschende Meinung in dieser Richtung vor Einführung der K.-O. dahin, dass es sich dabei um eine persönliche Klage handle, welche am meisten Ähnlichkeit mit der in integrum restitutio oder der con-

[1]) V. dagegen Oetker S. 130.

[2]) Fitting § 22 Anm. 10; Hullmann S. 166; Meisner S. 165; Oetker S. 51 ff. und S. 98 ff.; Wengler S. 271; v. Wilmowski S. 183, 184; R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 84. A. M. v. Sarwey S. 251, 252; Stieglitz S. 212, 213; Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 367.

dictio causa data causa non secuta habe. Dieselbe Auffassung scheint im englischen Rechte die Herrschaft erlangt zu haben.[1]) Es ist deshalb um so weniger anzunehmen, dass dem Absender durch § 36 eine Eigentumsklage eingeräumt werden sollte, als der Wortlaut des Gesetzes entschieden gegen diese Annahme spricht und auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nirgends die Auffassung hervorgetreten ist, dass dem Absender das Recht der Vindikation zustehe. Nimmt man aber an, der Absender sei nicht als Eigentümer anzusehen, und könne deshalb nicht als solcher die Aussonderung fordern, so entsteht die weitere Frage, ob ihm lediglich das Recht zustehe, die Rückübertragung des Eigentums vom K.-V. zu verlangen, oder ob durch die gerichtliche Anerkennung des Rechtes auf Aussonderung die stattgehabte Eigentumsübertragung ohne weiteres rückgängig gemacht (rescindiert) wird, und demgemäss die Sache, wenigstens so weit es sich um das Verhältnis zwischen den vertragschliessenden Teilen handelt, ebenso liegt, als ob der Gemeinschuldner niemals Eigentümer gewesen sei. Der Wortlaut des Gesetzes, für sich allein betrachtet, spricht mehr für die erste Auffassung, denn in § 36 ist nicht ausdrücklich gesagt, dass das Eigentumsrecht des Gemeinschuldners rückwärts (ex tunc) aufgehoben werden solle; dennoch ist der weitergehenden Auffassung der Vorzug zu geben. Durch § 36 sollte offenbar das „Verfolgungsrecht“ des Verkäufers (right of stoppage in transitu), wie es sich geschichtlich entwickelt hatte, aufrechterhalten und auf ganz Deutschland ausgedehnt werden. Diesem Rechte hat man aber, soweit nicht angenommen wurde, es handle sich dabei wirklich um eine Eigentumsklage, überall entweder eine „rescissorische“ Bedeutung beigelegt, oder doch angenommen, es handle sich in dieser Beziehung um eine Art der in integrum restitutio.[2]) Dazu kommt, dass nach der pr. K.-O. (§§ 26, 27), welche ebenfalls nur von einem Rückforderungsrechte sprach und unzweifelhaft dem § 36 als Vorbild diente, die erfolgreiche Rückforderung die Rückgängigmachung des Eigentumsüberganges auf den Gemeinschuldner zur Folge hatte, wie sich insbesondere daraus ergiebt, dass man es für notwendig hielt, das Recht der Rückforderung (in § 27 Z. 3) für die Fälle auszuschliessen, in welchen die Waren vor der K.-E. von einem Dritten auf Grund des Konnossements in gutem Glauben gekauft worden sind.[3]) Auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen bestand allseitige Übereinstimmung darüber, dass durch das Rückforderungsrecht eine rückwärts wirkende Aufhebung des Eigentumsüberganges herbeigeführt werden solle (Bem. III. 1).[4]) Für das Verhältnis zwischen dem Absender und dem K.-V. kommt wenig darauf an, ob ersterer nur die Rückübertragung des Eigentums verlangen kann, oder ob dieses ex tunc aufgehoben wird. Vielmehr ist die Frage hauptsächlich von Bedeutung für das Verhältnis zu Dritten, welche die Ware selbst oder ein Pfandrecht u. s. w. vom Gemeinschuldner erworben haben. Aber auch in dieser Richtung wird die praktische Bedeutung der Frage dadurch abgeschwächt, dass der gute Glaube des Erwerbers im geltenden Rechte geschützt ist.

4. Rückforderung ungeachtet einer Weiterveräusserung.

Dass in der K.-O. über die Stellung von Dritten, welche in den Besitz der zurückzufordernden Sachen gelangt sind, oder welche andere Rechte daran erlangt haben, nichts gesagt ist, wurde in den Mot. (S. 169 ff.) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde darauf ver-

[1]) Goldschmidt in Z. f. Handelsr. Bd. 8 S. 302—308; ders. im Handelsrecht Bd. 1. 2 S. 859, 862, 869, 870; Voigt im Neuen Archiv für Handelsr. Bd. 3 S. 271 ff., R.-O.-H.-G. 6. Febr. 1874, Entsch. Bd. 12 S. 394 ff., bes. S. 395.

[2]) V. die Schriftsteller in Anm. 1; R.-O.-H.-G. 7. Juni 1872, 6. Febr. 1874, 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 6 S. 298 ff., bes. S. 310, Bd. 12 S. 394 ff., Bd. 24 S. 345 ff., bes. S. 351.

[3]) V. Goltdammer, pr. K.-O. S. 119—121; Wenzel und Klose pr. K.-O. S. 118, 119.

[4]) Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 367, 368; Fitting, v. Wilmowski, Wengler a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 467; ferner R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 84. A. M. Meisner S. 165, Oetker S. 51 ff., 98 ff.; Hullmann S. 166 ff.

wiesen, der Vorschrift des § 27 der pr. K.-O. sei die damals hergebrachte kaufmännische Auffassung zu Grund gelegen, „dass die Ausantwortung eines indossierten Konnossements oder Frachtbriefes an den Erwerber die Stelle einer wirklichen Übergabe des Guts einnehme“, während jetzt durch das H.-G.-B. (Art. 302, 391, 413 ff. Art. 644 ff. und 649), nach welchem nur der Ladeschein und das Konnossement eine Verpflichtungsurkunde, der Frachtbrief nur eine Beweisurkunde sei, die Lage sich verändert habe. Weiter wurde bemerkt, da das H.-G.-B. ausdrücklich nur die Übergabe eines an Ordre lautenden Konnossements an denjenigen, der dadurch zur Empfangnahme der Güter legitimiert werde, mit der Übergabe der wirklich abgeladenen Güter für gleichbedeutend erkläre (Art. 649 ff. H.-G.-B.), es dagegen bezüglich der Ladescheine und der nicht an Ordre gestellten Konnossemente bei den Landesgesetzen belasse, sei es für die K.-O. noch misslicher, die Vorschrift einheitlich zu ergänzen. Durch eine von dem Gemeinschuldner vor der K.-E. vorgenommene Veräusserung der Ware wird das Rückforderungsrecht an sich nicht berührt. Es kann vielmehr, solange sich die Ware noch im Besitze des K.-V. befindet, ungeachtet der stattgehabten Veräusserung ebenso geltend gemacht werden, als ob diese nicht erfolgt wäre. Der Verwalter kann durch die Veräusserung und die im Falle der Nichterfüllung begründete Entschädigungsforderung des Käufers (§ 21) bestimmt werden, dem Absender gegenüber den Kaufvertrag zu erfüllen und dadurch dessen Rückforderungsrecht zu beseitigen. Thut er dies nicht, so muss er dem Absender die zurückgeforderte Ware herausgeben (M. S. 169, 170). Hat der K.-V. die Ware veräussert, so ist das Rückforderungsrecht in der Regel deshalb ausgeschlossen, weil er die Veräusserung nur dann vornehmen kann, wenn er den Vertrag an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen und die Erfüllung verlangen will (§ 15). Ist aber diese Annahme nicht begründet, hat z. B. der K.-V. die Veräusserung vorgenommen, weil er von dem Rückforderungsrechte keine Kenntnis hatte, oder will er ungeachtet der Veräussernng der Ware den Vertrag nicht erfüllen, was allerdings nicht leicht vorkommen wird, so kann er sich dem Rückforderungsrechte nicht dadurch entziehen, dass er sich auf die von ihm vorgenommene Veräusserung beruft. Er kann sich vielmehr nur dadurch der Aussonderung entschlagen, dass er den Vertrag auch seinerseits erfüllt und den Kaufpreis bezahlt. Befindet sich der K.-V. nicht mehr im Besitze der Ware, so kann der Absender (nach § 38) Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung bezw. diese selbst verlangen. Ob er sich wegen der Ware an den Dritten halten kann, richtet sich im wesentlichen nach dem bürgerlichen Recht. Wird angenommen, dass durch die erfolgreiche Ausübung des Rückforderungsrechtes das Eigentum des Gemeinschuldners rückwärts (ex tunc) aufgehoben werde, so kann der Verkäufer als Eigentümer der Ware deren Herausgabe fordern. Aber auch nur in dieser Weise ist die Verpflichtung des Dritten zur Herausgabe zu begründen, da der Verkäufer zu dem Dritten in einem obligatorischen Verhältnisse nicht steht. Als Rückforderungsrecht im Sinne des § 36 lässt sich das dem Absender dem Dritten gegenüber zustehende Recht in keinem Falle bezeichnen, da ein solches Aussonderungsrecht begrifflich nur mit Rücksicht auf die Masse und dem K.-V. gegenüber besteht. Nach den obigen Ausführungen kann der Absender nach erfolgter Aussonderung dem Dritten gegenüber auf Grund seines Eigentumsrechtes die Herausgabe der Waren verlangen, soweit überhaupt eine Vindikation von beweglichen Sachen stattfindet. Dieser Dritte darf ihm nicht entgegenhalten, dass er sein Recht von dem Gemeinschuldner ableite, der zur Zeit der Veräusserung der Waren Eigentümer gewesen sei, denn die Eigentumsübertragung ist eben rückgängig gemacht worden und hat deshalb ihre Wirkung verloren. Die Sache liegt in dieser Richtung, d. h. soweit es sich um die Eigentumsfrage handelt, ebenso, als ob der Kaufvertrag selbst aufgehoben oder für unwirksam erklärt worden wäre.[1]) Nur

[1]) Endemann S. 354; Fitting § 22 Anm. 10; v. Sarwey S. 255, 256; Stieglitz S. 214 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 468 ff., bes. S. 470; Wengler S. 272—274; v. Wilmowski S. 184, 185; R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 85. A. M. Hullmann S. 166 ff.; Oetker S. 51, 54 ff.; Perl a. a. O. S. 110, 111; Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 368.

soweit der Dritte nach dem geltenden Rechte sich im Besitze der Sache erhalten kann, obgleich er sie von einem Nichteigentümer erworben hat, bezw. ihm ein solcher ein Pfandrecht einräumte, insbesondere soweit Art. 306 H.-G.-B. Anwendung findet, kann der Verkäufer mit seinem Begehren nicht durchdringen. Eine wirksame Einrede gegenüber der Vindikation des Verkäufers wird regelmässig nur dem gutgläubigen Erwerber zustehen, der von dem Aussonderungsrechte keine Kenntnis hatte. Dagegen wird der Erwerber, der wusste, dass dem Gemeinschuldner das Eigentumsrecht entzogen werden könne, sich der Verpflichtung zur Herausgabe der Waren nirgends zu entziehen vermögen. Nimmt man an, der Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner werde infolge der Aussonderung nicht (ex tunc) aufgehoben, sondern dem Verkäufer stehe nur ein Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums gegenüber dem K.-V. zu, so ist überhaupt nicht einzusehen, wie der Dritte zur Herausgabe der Ware verpflichtet sein soll, denn der K.-V. kann dann das Eigentum an der gültig veräusserten Sache überhaupt nicht mehr auf den Verkäufer übertragen. Nicht dieser, sondern der Dritte ist Eigentümer. Ebenso bleiben die in wirksamer Weise bestellten Pfandrechte in Kraft. Von einem unredlichen Besitze des Dritten kann dann auch deshalb nicht die Rede sein, weil der Gemeinschuldner bez. der K.-V. bei der erwähnten Annahme zur wirksamen Veräusserung und Verpfändung befugt war, die obligatorische Verpflichtung zur Rückübertragung aber den guten Glauben des Erwerbers nicht ausschliesst. Ähnlich wie bei dem Pfandrecht liegt die Sache bezüglich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes (Art. 313—315 H.-G.-B.). Dieses steht dem Rückforderungsrechte des Verkäufers insoweit entgegen, als mit diesem ein gesetzliches Pfandrecht verbunden und dieses Pfandrecht als wirksam anzusehen ist. Im übrigen steht das Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs dem Zurückforderungsrecht nicht im Wege, weil dabei vorausgesetzt wird, dass die Sache zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre, dessen Eigentum aber rescindiert worden ist.[1]) Sind die Waren, ehe sie in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangten, von einem Gläubiger des Käufers (Gemeinschuldners) gepfändet worden, so kann der Verkäufer auf Grund seines Rückforderungsrechtes gemäss § 690 C.-P.-O. gegen die Pfändung Widerspruch erheben, indem er geltend macht, dass nicht der Gemeinschuldner, sondern er als Eigentümer anzusehen sei.

5. Mittel zur Erhaltung des Rückforderungsrechtes.

Eine Vorschrift, durch welche (wie in Art. 577 des franz. Fallimentsgesetzes) dem Verkäufer ausdrücklich die Befugnis eingeräumt würde, die noch nicht abgesandten oder noch nicht ausgelieferten Waren zurückzuhalten, wurde mit Recht für überflüssig gehalten. Auch nach rhein. Rechte (Art. 1612 und 1613 C. c.) kann der Verkäufer nur gegen Gewährung vollständiger Gegenleistung zur Erfüllung angehalten werden. Seine Befugnis, die Auslieferung der unterwegs befindlichen Waren zu hindern, ist aber durch das Verhältnis zum Frachtführer bedingt. Ebenso ist die Wahrung des Rückforderungsrechtes durch andere Massregeln, insbesondere durch Arrestanlage von besondern Umständen abhängig (M. S. 170).

§ 37.

Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn

[1]) R.-O.-H.-G. 7. Juni 1872, 9. Mai 1873, 6. Febr. 1874, 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 6 S. 299 ff., bes. S. 308, Bd. 10 S. 71 ff., Bd. 12 S. 394 ff., Bd. 24 S. 345 ff., bes. S. 351—353; O.-L.-G. Hamburg 16. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Hauptbl.) S. 34 ff.

sie beweist, dass dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

(E. § 37; M. S. 171 ff.; K. S. 35 ff. 149; pr. K.-O. §§ 88—92 und 94.)

1) Welche Gegenstände der Ehefrau des Gemeinschuldners gehören und deshalb dem Aussonderungsrechte unterworfen sind, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht, insbesondere nach dem ehelichen Güterrecht, in welches nicht eingegriffen werden sollte. Die Ehefrau ist hiernach befugt, dasjenige, was sie ausserhalb des Konkurses nach dem bürgerlichen Rechte als ihr Eigentum beanspruchen kann, auch nach Eintritt des Kv. über das Vermögen ihres Ehemannes in Anspruch zu nehmen (M. S. 175). Ihre Eigentumsrechte werden durch das Kv. in keiner Weise erweitert. Sie kann deshalb auch die Herausgabe der in die Ehe eingebrachten Sachen nur dann verlangen, wenn diese nicht (wie die venditionis causa abgeschätzten Dotalsachen) endgültig Eigentum des Ehemannes geworden sind. Das Vorzugsrecht der l. 5 und l. 30 C. de jure dot. 5. 12, nach welchem auch Dotalsachen dieser Art aus dem Konkurs des Mannes vindiziert werden können, ist durch die K.-O. beseitigt (M. S. 175). Dagegen wurde das der Ehefrau durch l. 39 und 30 C. eod. gewährte Recht zur Rückforderung von Dotalsachen nicht überhaupt aufgehoben. Wenn auch während des ehelichen und Dotalverhältnisses nicht die Frau, sondern der Ehemann Eigentümer der Dotalsachen ist, so ist doch schon die Hingabe der dos für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes auflösend bedingt (M. S. 174).

Die Entscheidung der Frage, ob im Gebiete des rhein. Rechtes das (in Art. 546 C. de com. und Art. 558 des Fall.-Ges. anerkannte) Recht der Vindikation eines mit geschenktem oder ererbtem Gelde der Frau angeschafften Grundstückes bestehen bleibt, hängt davon ab, ob die betr. Vorschriften eine Beschränkung oder eine Erweiterung der civilrechtlichen Subrogation enthalten (M. S. 176). Da die erwähnten Vorschriften denjenigen des Art. 1435 C. c. lediglich für den Fall des Kv. weitere Beschränkungen des Rechtes der Ehefrau beifügten, können sie, als besondere konkursrechtliche Vorschriften nicht mehr zur Anwendung kommen (Vorbem. 2). Vielmehr ist die Frage, ob die Ehefrau ein von ihrem Gelde gekauftes Grundstück vindizieren kann, lediglich nach Art. 1435 C. c. und § 37 K.-O. zu beurteilen. Übrigens ist Art. 546 des C. de com. durch die Ausf.-Ges. für Preussen (§ 55 Z. 2) und Bayern (Art. 235 Z. 8), Art. 558 des Fall.-Ges. von 1838 aber durch das Ausf.-Ges. für Elsass-Lothringen (§ 33) ausdrücklich aufgehoben.

Werden die Eigentumsansprüche der Frau durch das Kv. nicht erweitert, so werden sie dadurch auch nicht ausgeschlossen oder beschränkt. Die ihr nach dem bürgerlichen Rechte zustehenden Rechte, welche sie in der vorgeschriebenen Weise darthun kann, dürfen vielmehr im Kv. geltend gemacht werden und begründen einen Aussonderungsanspruch. Auch kommt es nicht darauf an, ob die betr. Sachen der Verwaltung und Nutzniessung des Ehemannes unterliegen. Bezüglich des dem Gemeinschuldner zustehenden Niessbrauchs findet § 1 Abs. 2 Anwendung (Bem. IV zu § 1).

2) Die der Ehefrau obliegende Beweislast wird durch § 37 erweitert. Während bezüglich der Gegenstände, welche die Ehefrau vor Abschluss der Ehe erworben haben will, die allgemeinen Grundsätze gelten, genügt es nach § 37, soweit es sich um während der Ehe erworbene Gegenstände handelt, nicht, dass die Ehefrau den von ihr oder von einem Dritten für sie vorgenommenen Erwerb nachweist. Vielmehr muss sie auch beweisen, dass die Gegenstände „nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben worden sind“, was regelmässig voraussetzt, dass sie selbst oder ein Dritter die zum Erwerbe erforderlichen Mittel hergegeben hat oder dass der Erwerb unentgeltlich erfolgte. Die Ehefrau muss hiernach die einzelnen Thatsachen darlegen und beweisen, aus welchen sich ergiebt, dass sie nicht mit Mitteln des Ehemannes, sondern mit eigenen Mitteln oder mit denjenigen eines Dritten erworben habe. Die Art und Weise, in welcher sie diesen Beweis zu führen hat, ist durch

die C.-P.-O. geregelt. Durch eine Eideszuschiebung des Inhaltes, dass die Ehefrau bestimmte Gegenstände nicht „mit eigenen Mitteln“ erworben habe, kann der Beweis nach § 410 der C.-P.-O. nicht geführt werden, weil dadurch dem Schwurpflichtigen eine rechtliche Beurteilung zugemutet würde, während der Eid nur über bestimmte Thatsachen zugeschoben werden darf.[1]) Damit ein vollständiger Beweis geführt wird, müssen alle Rechtsgeschäfte vom ersten Erwerbe bis zum Erwerbe der in Frage stehenden Sache aufgedeckt werden. Nur dann steht fest, dass der Gemeinschuldner seiner Ehefrau nicht durch Vorschüsse den Erwerb der Vermögensstücke ermöglicht und dadurch mittelbar seinen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen hat. Rechtliche Vermutungen, welche die Beweislast beschränken oder verschieben, hat das Gesetz nicht aufgestellt (M. S. 180). Wenn die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis nicht erbringt, so wirkt der Widerspruch des K.-V. gegen die Aussonderung ähnlich wie eine erfolgreiche Anfechtung. § 37 hat hiernach nicht bloss prozessuale Bedeutung, sondern äussert auch erhebliche Wirkungen hinsichtlich der materiellen Rechtsverhältnisse.[2]) Die Bestimmung über die Beweislast hat ihren Grund in der Erwägung, „dass thatsächlich und unvermerkt eine Vermischung des Vermögens von Mann und Frau eintritt, dass durch Hin- und Hergeben, durch Austausch und durch veränderte Anlage die Selbständigkeit des beiderseitigen Vermögens der äussern Erkennbarkeit entrückt wird“. Die K.-Gl. sollen gegen die Gefahren einer absichtlichen, fahrlässigen oder unvermeidlichen Täuschung, welche durch diese thatsächliche Ehegemeinschaft hervorgerufen werden kann, geschützt werden (M. S. 177). In der Reichstagskommission bemerkte Goldschmidt, die in Frage stehende Vermutung, die etwas wesentlich anderes sei als die gemeinrechtliche praesumtio Muciana, enthalte einen schweren Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse und beantragte deshalb die Streichung des §; dieser Antrag wurde aber abgelehnt. Bei der Verhandlung wies Hagens darauf hin, dass der dem § zu Grund liegende Gedanke der deutschen Rechtsanschauung entspreche und man mit den Grundsätzen des römischen Rechtes, welches die Ehefrau wie ausserhalb des Kv. so auch im Konkurse den Gläubigern gegenüber bevorzuge, brechen müsse; ferner bemerkte er, die Vermutung, welche der Besitz sonst für die Rechtmässigkeit des Erwerbes begründe, dürfe die Ehefrau dem K.-V. gegenüber nicht in Anspruch nehmen; es genüge nicht, dass ein Grundstück oder eine hypothekarische Forderung auf den Namen der Ehefrau eingeschrieben sei; nach der K.-O. werde es vielmehr Pflicht der Eheleute sein, ihren Erwerb nachweisbar zu machen (K. S. 35 u. 36).

3) Sowohl aus den Worten: „welche sie während der Ehe erworben hat“, deren Sinn ist, dass die Ehefrau für sich erworben haben muss, als aus dem Zwecke des § 37, durch welchen der blossen Berufung der Ehefrau auf ihren Besitzstand dem K.-V. gegenüber die Wirksamkeit entzogen wird, ergiebt sich, dass die beschränkende Vorschrift sich nur auf das Sondergut der Ehefrau, nicht auch auf die ihr bei der Teilung des Gemeinschaftsvermögens zufallenden Vermögensstücke bezieht. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann der Erwerb für die Gemeinschaft immer nur aus gemeinschaftlichen Mitteln bestritten werden, erfolgt also wenigstens teilweise aus den Mitteln des Ehemannes.[3]) Ebenso verhält es sich bei der Errungenschaftsgemeinschaft, soweit ein Gegenstand aus deren Mitteln erworben wurde. Für die Frage, ob die zu einem bestimmten Erwerbe verwendeten Mittel von dem Gemeinschuldner geliefert wurden, ist das bürgerliche Recht maassgebend. Ebenso bleiben dessen Vorschriften über die Gültigkeit eines bestimmten Erwerbes oder einer Subrogation in Kraft. Bezüglich des Art. 1553 C. c., nach welchem die Bedingung der Anlegung der Dotalgelder im Ehevertrage enthalten sein muss, wurde

[1]) Bayer. ob. Landesg. 5. Juni 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 102.

[2]) v. Wilmowski S. 187 Nr. 1 a. E.

[3]) Bezüglich der Frage, ob bei allgemeiner Gütergemeinschaft das Kv. über das Vermögen der Ehegatten gesondert oder gemeinsam zu eröffnen ist, vgl. die Erl. zu § 94.

in den Mot. (S. 180 Anm. 1) bemerkt, dieser werde durch § 37 nicht berührt und es trete, wenn diese erwähnte Klausel fehle, keine Subrogation ein. Dass der von der Ehefrau verlangte Beweis oft recht schwierig sein und das Zurückgehen auf eine grosse Reihe von Erwerbsgeschäften notwendig machen werde, verhehlte man sich hierbei nicht, ging aber von der Erwartung aus, „eine verständige Beweiswürdigung durch den Richter werde über unverschuldete Schwierigkeiten hinweghelfen" (M. a. a. O). Damit die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis erbracht habe, ist übrigens nur erforderlich, dass die zum Erwerbe des beanspruchten Gegenstandes verwendeten Mittel im Augenblick des Erwerbes nicht mehr dem Ehemann gehörten. Der Umstand, dass sie ursprünglich von diesem herrühren, steht der Ehefrau nicht im Wege, wenn nur der Übergang auf sie vor dem Erwerbe des streitigen Gegenstandes in wirksamer Weise, z. B. durch eine gültige Schenkung, stattfand. In dieses Beziehung wurde zur Beseitigung eines von dem Abg. Hullmann erhobenen Bedenkens in der Reichstagskommission bemerkt: „Die gegen die Fassung des § angeregten Bedenken seien unbegründet. Auf Grund des § 37 könnten an sich gültige Rechtshandlungen zwischen Mann und Frau nicht hinfällig werden. Habe der Mann nach Civilrecht gültig und nach Konkursrecht unanfechtbar der Frau eine Sache geschenkt, so sei der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft mit dem Manne, also von dem Manne, nicht mit den Mitteln desselben erfolgt. In dem andern Falle, wo der Ehemann der Frau gültigerweise ihr Heiratsgut oder einen Teil desselben in der Weise zurückgewähre, dass er unmittelbar einen Gegenstand für die Frau anschaffe und diese nach Civilrecht zur Eigentümerin mache, erfolge der Erwerb aus den Mitteln der Frau, nicht mit den Mitteln des Mannes" (K. S. 37 und 38). Diese Ausführungen sind zutreffend. Hat die Ehefrau einen Gegenstand durch gültiges Rechtsgeschäft von dem Ehemanne erworben, so ist der Erwerb nicht mit dessen Mitteln erfolgt, mag der Erwerb ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher sein. Dies gilt besonders in Ansehung des Anspruches, den die Ehefrau aus einem von dem Ehemanne zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag erworben hat.[1]) Auch zum Ersatze der von dem Ehemanne bezahlten Prämien ist die Ehefrau in einem solchen Falle nicht gemäss § 37 verpflichtet, denn diese Prämien sind nicht Gegenstände, welche die Ehefrau erworben hat.[2]) In allen solchen Fällen wird übrigens, damit die Ehefrau ein Aussonderungsrecht geltend machen kann, vorausgesetzt, dass das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen sie den auszusondernden Gegenstand oder die Mittel zu dessen Erwerbe erlangt hat, nicht der Anfechtung unterliegt. Aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte, das den K.-Gl. gegenüber unwirksam ist und deshalb dem K.-V. nicht mit Erfolg entgegengehalten werden kann, lässt sich der Aussonderungsanspruch nicht ableiten. Mit einem allgemeinen Satze ist die Frage, ob ein Gegenstand mit den Mitteln des Ehemannes erworben worden sei, nicht zu beantworten. Jedenfalls kann man nicht sagen, ein solcher Erwerb liege immer vor, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einer Verringerung des Vermögens des Ehemannes und dem Erwerbe der Ehefrau bestehe.[3]) Hat z. B. der Gemeinschuldner eine Sache einem Dritten geschenkt und seine Ehefrau diese von dem Dritten erworben, dann aber gegen einen andern dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstand vertauscht, so hat sie diesen Gegenstand nicht mit den Mitteln des Ehemannes erworben, obgleich ihr Erwerb mit der Schenkung zusammenhängt, durch welche das Vermögen des Ehemannes vermindert worden ist. Auch der Satz, dass es darauf ankomme, ob der Ehemann um des Erwerbes seiner Frau willen eine Verminderung seines Vermögens vorgenommen habe,[4])

[1]) Endemann S. 357; v. Sarwey S. 293 Nr. 8; Stieglitz S. 224 Nr. III. 1; v. Wilmowski S. 191; Willenbücher S. 77 Nr. 3; v. Mandry § 28 Anm. 7; R.-G. (II.) 12. Juni 1885, Entsch. Bd. 14 S. 21, 22; O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Sächs. Ann. Bd. 7 S. 524 ff., bes. S. 531.

[2]) O.-L.-G. Dresden a. a. O. S. 534.

[3]) Dernburg Bd. 3 S. 87; v. Sarwey S. 294 Nr. 8 Z. 1; Wengler S. 287 Nr. IV; Willenbücher S. 77 Nr. 3.

[4]) So Dernburg a. a. O.

reicht nicht für alle Fälle aus, weil dabei nicht berücksichtigt ist, dass der Erwerb der Ehefrau auf einer gültigen und unanfechtbaren Schenkung des Ehemannes beruhen kann. Hat die Ehefrau schon vor der K.-E. die ihr vom Ehemanne gewährten Mittel zurückgegeben, so kann man nicht sagen, der mit diesen Mitteln angeschaffte Gegenstand sei mit den Mitteln des Ehemannes erworben. Ebenso ist das Aussonderungsrecht begründet, wenn der Ehemann verpflichtet war, der Ehefrau den auszusondernden Gegenstand, z. B. standesgemässe Kleidung, zu gewähren.[1])

4) In der Reichstagskommission wurde auch die Frage erörtert, „wie zu verfahren sei, wenn sich ergebe, dass der auszusondernde Gegenstand zwar nicht ganz aber doch zum Teil mit den Mitteln des Mannes erworben worden sei". Während Frankenburger annahm, „dass solchen Falles der Richter nach freiem Ermessen einen aliquoten Teil des Gegenstandes bezw. des Erlöses der Frau zuerkennen werde", bemerkte Hagens: „Soweit der Gegenstand teilbar sei, treffe das Gesagte zu. Sei aber der Gegenstand unteilbar, so sei es Sache der Auslegung, ob ein Eigentumsanspruch der Frau deshalb ausgeschlossen sein solle, weil ein aliquoter Teil der zum Erwerbe des Gegenstandes aufgewandten Mittel vom Manne herrühre. Auch dieser Fall sei durch die etwas weite Fassung des § gedeckt" (K. S. 38). Richtig ist, dass in den Fällen, in denen es sich um einen teilbaren Gegenstand handelt, das Eigentum daran der Ehefrau insoweit zuzusprechen ist, als die Mittel zum Erwerbe nicht vom Ehemanne geliefert worden sind. Es liegt hier, wo der Gegenstand des Aussonderungsrechtes leicht in mehrere Teile zerlegt werden kann, die Sache ebenso, wie wenn die verschiedenen Teile zu verschiedenen Zeiten erworben worden wären, und es ist nicht abzusehen, warum die Frau, die teilweise aus eigenen Mitteln, teilweise aus denen des Mannes eine gewisse Menge Leinwand oder Kartoffeln u. s. w. angeschafft hat, schlechter stehen sollte, als wenn sie von vornherein einen Teil der Ware aus eigenen Mitteln und sodann den andern Teil aus Mitteln ihres Ehemannes erworben hätte.[2]) Dagegen darf der Ehefrau, wenn ein unteilbarer Gegenstand in Frage steht, das Eigentum nicht vollständig zugesprochen werden, wenn die zu dessen Erwerb verwandten Mittel selbst nur zum kleineren Teile vom Manne geliefert wurden. Auch in diesem Falle hat die Ehefrau den nach § 37 erforderlichen Beweis nicht erbracht.[3]) Sofern nach dem bürgerlichen Rechte an der unteilbaren Sache ein Miteigentum zu ideellen Teilen möglich ist, wird ein solches anzunehmen sein, wenn feststeht, dass die Sache für die Ehefrau erworben werden sollte und dass ein Teil der verwendeten Mittel nicht vom Ehemanne herrührt.[4])

5) Auch die Frage wurde erwogen, ob die Beschränkung, welche der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes auferlegt werde, nicht ebenso (allgemein oder unter Umständen) gegen den Ehemann in Anwendung gebracht werden müsse, wenn das Kv. über das Vermögen einer Ehefrau eröffnet sei. Es wurde jedoch davon Abstand genommen, „weil es thatsächlich immerhin eine Ausnahme bleiben dürfte, dass über das Vermögen einer gewerbtreibenden Ehefrau das Kv. eröffnet wird und es nicht geraten sein möchte, den allgemein rechtlichen, in das Volksbewusstsein übergegangenen Satz: „„praesumitur quod omnia sint mariti"" zu durchbrechen, ihn für diese Frage nicht bloss aufzugeben, sondern in sein Gegenteil umzukehren" (M. S. 185).

[1]) v. Wilmowski S. 190; Dernburg Bd. 3 S. 87, 88.

[2]) Endemann S. 358 und die Kommentare.

[3]) V. Endemann S. 358; v. Wilmowski S. 191 Nr. 6; Willenbücher a. a. O. A. M. v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 482.

[4]) V. Endemann S. 358; v. Völderndorff Bd. 1 S. 481, 482; Stieglitz, v. Wilmowski und Willenbücher a. a. O. A. M. Dernburg Bd. 3 § 26 Anm. 7, welcher annimmt, dass die Sache demjenigen Gatten gehört, aus dessen Mitteln der grössere Teil des Aufwandes gedeckt worden ist.

§ 38.

Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräussert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.

(E. § 38; M. S. 185 ff.; K. S. 38; pr. K.-O. §§ 23, 25 Abs. 2, 28 u. 44.)

1) Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, zur Zeit, da dieser Anspruch geltend gemacht werden soll, nicht mehr in der Masse vorhanden, sondern in den Besitz eines Dritten gelangt, so bleiben dem Aussonderungsberechtigten alle Ansprüche, die er auf die Sache selbst erheben kann, vorbehalten (M. S. 185). Aber er ist nicht genötigt, sich an den Dritten zu halten, wenn die Sache vom Gemeinschuldner vor oder vom K.-V. nach der K.-E. veräussert worden ist, sondern kann sich an die Gegenleistung für die Sache halten, sofern sie entweder noch aussteht oder zur Masse gezogen wurde. Hierbei wird vorausgesetzt, dass die Aussonderung des veräusserten Gegenstandes beansprucht werden könnte, wenn dieser sich zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches aus § 38 gegenüber dem K.-V. noch in der Masse befunden hätte. Nur dieser Zeitpunkt, der auch bei Anwendung des § 35 maassgebend ist (Bem. 3 zu § 35 S. 180), kann entscheiden.[1]) Hierbei kommt es auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung an, weil durch die aussergerichtliche Erhebung des Anspruches die Ersitzung nicht unterbrochen würde und der Anspruch auf die Gegenleistung an die Stelle des Aussonderungsanspruches tritt. War der Aussonderungsanspruch selbst zur Zeit der Klage aus § 38 infolge eingetretener Verjährung u. s. w. untergegangen, so fehlt es an einer rechtlichen Grundlage für den Anspruch auf die Gegenleistung.[2]) Der im § eingeräumte Anspruch steht jedem Aussonderungsberechtigten, also nicht bloss dem Eigentümer und publizianischen Besitzer, sondern auch demjenigen zu, der auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses die Aussonderung der veräusserten Sache beanspruchen könnte. Wollte man den Nachweis des Eigentums als Voraussetzung dieser Befugnis ansehen, so würde der Zweck des § dann nicht erreicht werden, wenn der Erwerber der Sache infolge der Veräusserung das Eigentum erlangt hat und der Aussonderungsberechtigte von diesem die Sache nicht verlangen kann (Bem. 3).[3])

Dass der Aussonderungsberechtigte sich dann an die Masse halten kann, wenn der K.-V. eine fremde Sache veräusserte, sei es, dass er den Anspruch des Berechtigten nicht kannte, sei es, dass er ihn absichtlich verletzte, folgt aus der Natur der Sache, da, ganz abgesehen von § 38, eine Entschädigungsforderung als Masseforderung begründet wäre. Aus Billigkeitsgründen stellt aber das Gesetz die Veräusserung, die der Gemeinschuldner vor der K.-E. vorgenommen hat und die den Aussonderungsberechtigten streng genommen nur dazu berechtigen würde, eine Entschädigungsforderung als K.-Gl. geltend zu machen, der Veräusserung durch den K.-V. gleich. Auch hier hat der Aussonderungsberechtigte demnach einen Anspruch auf die Gegenleistung, sofern diese nicht vom Gemeinschuldner bezogen

[1]) Hellwig im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 227, 228.

[2]) Hellwig a. a. O.

[3]) Stieglitz S. 244 Nr. V. A. M. Hellwig a. a. O. S. 235, 238.

wurde. Der Fall, dass der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung einen nicht zur Masse gehörigen Gegenstand veräussert hat, ist im Gesetze nicht vorgesehen, weil er unter § 6 fällt. Sollte in einem solchen Falle aber der K.-V. die Nichtigkeit der Veräusserung nicht geltend gemacht und die Gegenleistung zur Masse gezogen haben, so müsste § 38 Anwendung finden.

Ob der Gemeinschuldner zur Veräusserung kraft seiner eheherrlichen Rechte oder durch eine Einwilligung der Ehefrau u. s. w. befugt war, ist für die Anwendung des § 38 gleichgültig. Es kommt nach dem Gesetze, das eine rechtswidrige Veräusserung nicht voraussetzt, bei der Veräusserung durch den Gemeinschuldner wie bei derjenigen durch den K.-V. nur darauf an, ob die Aussonderung des veräusserten Gegenstandes verlangt werden könnte, wenn er sich noch in der Masse befände. Der Umstand, dass der Gemeinschuldner zur Veräusserung befugt war, steht aber dem Aussonderungsbegehren nicht im Wege.[1]) Auch darauf, ob die Veräusserung freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte, kommt nichts an.[2]) Wurden bewegliche Sachen mit einem Grundstücke versteigert und ist der Zuschlag im ganzen erfolgt, so ist dem Aussonderungsberechtigten derjenige Teil des Steigpreises abzutreten oder zu vergüten, der nach dem Wertverhältnisse zwischen Grundstück und beweglichen Sachen auf die letztern trifft.[3])

2) Soweit die Gegenleistung noch aussteht, kann der Aussonderungsberechtigte, gleichviel ob die Veräusserung vom Gemeinschuldner oder vom K.-V. vorgenommen wurde, das dem K.-V. auf sie zustehende Recht für sich beanspruchen. In welcher Weise dieser Anspruch verwirklicht werden kann, insbesondere ob eine förmliche Übertragung erfordert wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[4]) Steht die Gegenleistung nicht mehr aus, so muss sie, wenn sie vom K.-V. zur Masse gezogen wurde, dem Aussonderungsberechtigten herausgegeben werden. Die Verpflichtung hierzu ist als Masseschuld (§§ 52 ff.) anzusehen. War die Gegenleistung schon vor der K.-E. vom Gemeinschuldner oder seinem Vertreter erhoben worden, so dass sie bei der K.-E. nicht mehr als ausstehend zu betrachten war, so bleibt dagegen dem Aussonderungsberechtigten, falls er sich nicht an den Erwerber halten kann, nur gegenüber dem Gemeinschuldner ein Entschädigungsanspruch, den er als K.-Gl. geltend machen kann.[5])

Der Anspruch auf die Gegenleistung hat seinen Grund in der ungerechtfertigten Bereicherung der Masse.[6]) Hat die Gegenleistung in Geld bestanden und ist die eingezogene Summe bei Geltendmachung des Aussonderungsrechtes schon verteilt, so muss der K.-V. andere Mittel zur Tilgung der Masseschuld verwenden, weil die Bereicherung immerhin besteht. Ist der Anspruch auf die Gegenleistung verspätet, d. h. zu einer Zeit geltend gemacht worden, zu der die Masse schon erschöpft war, so hat es sich der Berechtigte

[1]) Dernburg Bd. 2 § 117 Anm. 12; Endemann S. 348; Fitting § 22 Anm. 13; Hellwig a. a. O. S. 224; v. Mandry S. 289 § 28 Anm. 11; Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 120; v. Völderndorff Bd. 1 S. 488; v. Wilmowski S. 193. A. M. Stieglitz S. 241 Nr. I. 1; Willenbücher S. 79 Nr. 1 b. ee.

[2]) Hellwig a. a. O. S. 223 Anm. 4; v. Wilmowski S. 193 Nr. 2 a. E.

[3]) R.-G. (V.) 21. Okt. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 204.

[4]) v. Sarwey S. 300; Stieglitz S. 243 Nr. IV.; Willenbücher S. 80 Nr. 2 a.; v. Wilmowski S. 194 Nr. 4. A. M. Fitting § 22 Anm. 13; v. Völderndorff Bd. 1 S. 488, 489.

[5]) Das pr. Obertrib. entschied am 9. Jan. 1872 (Entsch. Bd. 66 S. 299 ff.; Striethorst Bd. 86 Nr. 7 S. 25 ff.), dass § 44 pr. K.-O., dessen Inhalt dem des jetzigen § 38 entspricht, nicht zur Anwendung komme, wenn fremde, im Nachlasse vorgefundene Sachen vom Nachlassrichter, der an Stelle des Gemeinschuldners handle, verkauft worden seien und dieser den Erlös nach erfolgter K.-E. über den Nachlass an die Masse abgegeben habe. V. noch Endemann S. 348; v. Sarwey S. 297; Stieglitz S. 243 Nr. III.; v. Wilmowski S. 194 Nr. 5.

[6]) Endemann S. 348; v. Sarwey S. 298; Stieglitz S. 243 Anm. b.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 490; Willenbücher S. 80 Nr. 2; Perl a. a. O. S. 123; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 103.

selbst zuzuschreiben, wenn er nicht befriedigt wird. Bestand die Gegenleistung nicht in Geld, so kann ein Anspruch aus § 38 überhaupt nur geltend gemacht werden, solange die Gegenleistung selbst sich noch in der Masse befindet. Was an Stelle dieser Gegenleistung etwa wieder in die Masse gelangte, ist nicht die in § 38 erwähnte „Gegenleistung", sondern kann nur einen Anspruch aus § 52 Z. 3 wegen Bereicherung der Masse rechtfertigen. Dieser Anspruch ist aber nicht derselbe wie der Anspruch aus § 38, der die Natur des Aussonderungsanspruches behält, obgleich an Stelle des auszusondernden Gegenstandes und als Ersatz dafür die in der Masse vorhandene Gegenleistung beansprucht wird. Die Gegenleistung, welche nach § 38 verlangt werden kann, ist als nicht zur Masse gehörig vorweg zu erstatten. Der Anspruch auf sie, welcher für die Herausgabe des Gegenstandes selbst Ersatz gewähren soll, geht auch den Masseansprüchen vor. Erst wenn die Ansprüche aus § 38 befriedigt sind, ist die reine Konkursmasse, d. h. die Teilungsmasse gegeben, aus welcher zunächst die Massegläubiger, dann die K.-Gl. zu befriedigen sind.[1]) Übrigens wird der Aussonderungsberechtigte durch § 38 nicht gehindert, seine Entschädigungsansprüche geltend zu machen, wenn er durch die Abtretung oder die Herausgabe der Gegenleistung nicht vollständig befriedigt worden ist. Er ist zwar nach § 38 nicht lediglich auf die meist schwierige und zeitraubende Ermittelung des Schadens angewiesen; er soll durch das unrechtmässige Verhalten des K.-V. nicht schlechter, sondern besser gestellt werden (M. S. 185, 186); aber seine Ansprüche auf Schadenersatz, die freilich nur dann begründet sein werden, wenn er sich nicht an den Dritten halten kann, bleiben ihm gewahrt. Derartige Ansprüche können als einfache Konkursforderungen oder als Masseforderungen geltend gemacht werden, je nachdem ein Verschulden des Gemeinschuldners oder ein solches des K.-V. in Frage steht.

3) Unter Gegenständen sind nicht bloss körperliche Sachen, sondern auch Rechte und Forderungen zu verstehen (Bem. 5 zu § 35 S. 181 u. Vorbem. 3 zu Titel V). Insbesondere findet § 38 auch dann Anwendung, wenn Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen veräussert worden sind. Wenn der K.-V. eine Forderung veräussert hat, so bildet der Erlös die Gegenleistung. Hat er eine fällige Forderung eingezogen, so ist die zum Zwecke der Tilgung bezahlte Summe als „Gegenleistung" im Sinne des § 38 anzusehen. Eine wirkliche Veräusserung liegt zwar hier nicht vor. Auch wird der Schuldner durch die Zahlung an den Gemeinschuldner oder K.-V. in Wirklichkeit nicht befreit, da er an einen andern als den wirklichen Gläubiger gezahlt hat. Aber der K.-V. ist nach der dem Gesetze zu Grund liegenden Absicht, wie er verpflichtet gewesen wäre, die Forderung aus der Masse auszusondern und dem Aussonderungsberechtigten zu überlassen, so auch verpflichtet, den in die Masse gelangten Betrag, durch welchen diese in ungerechtfertigter Weise bereichert werden würde, herauszugeben.[2]) Auch kann dieser Anspruch für den Aussonderungsberechtigten von Wert sein, wenn der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist oder nicht mehr zur Zahlung angehalten werden kann, z. B. weil er nach Übertragung der Forderung, aber vor der Benachrichtigung davon, an den Gemeinschuldner als den ursprünglichen Gläubiger oder statt an diesen an den K.-V. gezahlt hat.

Ein besonderer Fall der Aussonderung ergiebt sich aus Art. 368 Abs. 2 H.-G.-B. Hiernach hat der Kommittent Anspruch auf Aussonderung des vom K.-V. des Kommissionärs eingezogenen Betrages solcher Forderungen, welche der Kommissionär durch Verkauf des Kommissionsgutes erwarb, obwohl die eingezogene Forderung eine solche des Kommissionärs

[1]) Hellwig a. a. O. S. 245 ff., bes. S. 248, 249. A. M. Oelker in Buschs Z. Bd. 14 S. 43, welcher zwar erklärt, dass dieser Anspruch weder Konkursforderung noch Masseanspruch sei, denselben aber nicht als Aussonderungsanspruch, sondern als Ersatzanspruch betrachtet wissen will. Praktisch ist die letztere Unterscheidung nicht erheblich.

[2]) Hellwig a. a. O. S. 224, 251; v. Mandry S. 290 § 28 Anm. 12; R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 952 und die Kommentare.

war (Bem. 6 zu § 35 S. 182). Standen Kommittent und Kommissionär in laufender Rechnung, so ist die von dem Kommissionär erworbene Forderung nach der erwähnten Vorschrift allerdings dem Kommissionär gutzuschreiben.[1]) Aber die Forderung verliert dadurch als Bestandteil der laufenden Rechnung ihre Selbständigkeit und kommt nur noch als Rechnungsposten in Betracht.[2]) In diesem Falle gewährt daher die Einziehung der Forderung durch den Kommissionär oder seinen K.-V. einen Anspruch auf Ausscheidung des entsprechenden Betrages aus der Masse nicht, weil die Ausscheidung der Forderung selbst mit Rücksicht auf den Einfluss der laufenden Rechnung nicht verlangt werden konnte.[3]) Besondere Vorschriften bezüglich einzelner Rechtsgeschäfte, wie sie die pr. K.-O. in § 25 Abs. 2 zugunsten der Verkaufskommissionäre getroffen hatte, wurden für überflüssig gehalten (M. S. 187). Andererseits hielt man es aber auch nicht für gerechtfertigt, wie es in der preuss. Rechtsprechung (Striethorst, Arch. Bd. 74 Nr. 28 S. 158 ff.) hinsichtlich der §§ 23 und 28 der pr. K.-O. geschehen war, die gesetzlichen Vorschriften einzuschränken und davon die Veräusserung fremder Wechsel auszunehmen.

Wurde fremdes Geld, d. h. solches, dessen Eigentum nicht auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, dazu verwendet, um eine Forderung für ihn zu begründen, so bildet diese Forderung die Gegenleistung und hat der Aussonderungsberechtigte einen Anspruch auf deren Übertragung. Wurden dagegen mit dem fremden Gelde Schulden des Gemeinschuldners getilgt, so kann weder § 38 noch § 52 Z. 3 Anwendung finden. Der Gemeinschuldner ist zwar in diesem Falle bereichert, weil er sich mit fremden Mitteln von seinen Verbindlichkeiten befreit hat. Aber die Aktivmasse ist durch die Verwendung des Geldes nicht vergrössert worden. Es findet sich in ihr eine Gegenleistung nicht vor.[4])

Die Vorschrift des § 38 findet auf alle Fälle Anwendung, in welchen eine Aussonderung verlangt werden könnte, gleichviel ob der Anspruch auf § 35 oder auf die §§ 36 oder 37 zu stützen wäre (M. S. 187). Da in § 38 ein Unterschied zwischen den auf dinglichen Rechten und den auf obligatorischen Verhältnissen beruhenden Aussonderungsansprüchen nicht gemacht wird, ist es nicht gerechtfertigt, die Anwendung des § 38 auf Fälle zu beschränken, in welchen der Aussonderungsberechtigte Eigentümer der auszusondernden Sache war.[5]) Wird der Anspruch auf die Gegenleistung von mehreren Personen (z. B. dem Eigentümer und dem Hinterleger) geltend gemacht, so liegt die Sache ebenso, wie wenn mehrere Personen die Sache selbst verlangen. Der K.-V. kann fordern, dass der Kläger ihm gegenüber sein Recht darthue und, soweit die Voraussetzungen des § 72 der C.-P.-O. vorliegen, von der hier vorgesehenen Befugnis Gebrauch mache.

Fünfter Titel.

Absonderung.

(§§ 39—45.)

Vorbemerkungen.

1) Die Absonderungsberechtigten (im gemeinen Prozesse Separatisten ex jure crediti genannt) entziehen der Masse wie die Aussonderungsberechtigten den Wert gewisser Vermögensstücke und stehen diesen auch insofern nahe, als sie nicht persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners zu sein brauchen. Zwischen den Ansprüchen der Aussonderungsberech-

[1]) R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 952; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 103.

[2]) R.-G. (II.) 17. Nov. 1880, Entsch. Bd. 3 S. 17.

[3]) A. M. R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 952.

[4]) Hellwig a. a. O. S. 225, 226.

[5]) A. M. nur Hellwig a. a. O. S. 235, 237, 238.

tigten (der „Separatisten ex jure dominii" oder „Vindikanten" des gemeinen Prozesses) und denen der „Absonderungsberechtigten" besteht aber der begriffliche Unterschied, dass die erstern fremde, die letztern solche Sachen zum Gegenstande haben, welche dem Gemeinschuldner und daher zur Masse gehören. Während der K.-V. grundsätzlich die nicht zur Masse gehörigen Gegenstände von Amts wegen auszuscheiden hat (Vorbem. 1 zu §§ 35 ff. S. 175 und nur bei § 36 wegen des ihm bezüglich der Erfüllung zustehenden Wahlrechtes das Aussonderungsrecht beseitigen kann und abwarten darf, ob der Absender das Rückforderungsrecht ausüben will (Bem. III. 2. u. 3. zu § 36), sind die Absonderungsrechte nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (Bem. 2. zu § 3 S. 26).[1]) Weil die Gegenstände des Absonderungsrechts einen Bestandteil der Masse bilden, sind sie gleich den übrigen zur Masse gehörigen Gegenständen zu verwerten (§§ 107, 108, 110, 117). Der Absonderungsberechtigte entzieht denn auch die Sachen nicht wie der Aussonderungsberechtigte der Masse, sondern sucht nur aus deren Erlöse seine Befriedigung. Den etwaigen Überschuss muss er dem K.-V. zurückgeben. Deshalb darf er auch nicht die Sache behalten, sondern muss sie veräussern, damit festgestellt wird, ob sich nicht ein Überschuss ergiebt. Das sogenannte „Resolutionsrecht" ist von dem Absonderungsrechte grundsätzlich verschieden.[2]) Andererseits ist der Absonderungsberechtigte nicht ausschliesslich auf den Erlös aus der ihm haftenden Sache beschränkt, sondern kann auch unter bestimmten Voraussetzungen als K.-Gl. auftreten (§§ 57 und 141).

2) Nach § 3 kann ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nur in den in der K.-O. vorgesehenen Fällen geltend gemacht werden und erfolgt diese Befriedigung unabhängig vom Kv. In Titel V wird nun bestimmt, an welchen Vermögensstücken und für welche Ansprüche ein Absonderungsrecht stattfindet. Hierbei wurde nicht der Gegensatz zwischen persönlichen und dinglichen Rechten, sondern derjenige zwischen allgemeinen und besondern Vorzugsrechten als entscheidend angesehen (M. S. 188, 189).

Die Generalhypotheken als solche, d. h. soweit sie nicht bezüglich einzelner Sachen als Specialpypothek wirken, sollen nach der K.-O. nur als Vorzugsrechte bei der Befriedigung aus der Masse in Betracht kommen. Sie gewähren ein Absonderungsrecht nicht, sondern haben eine Bedeutung im Kv. nur noch insoweit, als die K.-O. den Forderungen, an welche sie geknüpft sind, ein Vorzugsrecht einräumt (§ 54). Andererseits gewährt jedes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer bestimmten zur Masse gehörigen Sache nach der K.-O. ein Absonderungsrecht, gleichviel ob es ein dingliches oder nur ein persönliches Recht ist. Bei der Frage, für welche Fälle ein solches Absonderungsrecht anzuerkennen sei, waren zwei Gesichtspunkte maassgebend. Zunächst muss die abgesonderte Befriedigung mit Rücksicht auf ein ausserhalb des Kv. liegendes und von diesem unabhängiges Rechtsverhältnis begründet sein, d. h. ihren Grund in der Forderung haben, deren Schutz die Absonderung bezweckt. Dies ist dann der Fall, wenn infolge der Eingehung dieses Rechtsverhältnisses die Sache der Bestimmung, zur Befriedigung aller K.-Gl. zu dienen, entrückt und dem Zwecke der vorzugsweisen Befriedigung eines einzelnen Gläubigers gewidmet worden ist. Zweitens muss das Ausscheiden des Gegenstandes aus dem zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger dienenden Vermögens allgemein erkennbar sein, weil sonst spätere Gläubiger bei Beurteilung der Vermögenslage des Gemeinschuldners getäuscht werden müssten und eine Gefährdung des Kredits eintreten würde (M. a. a. O). Da das Absonderungsrecht in der Forderung selbst seinen Grund haben muss, haftet es an dieser. Ein Dritter, welcher die Schuld des Gemeinschuldners getilgt hat, kann das Absonderungsrecht des befriedigten Gläubigers sonach nur dann geltend machen, wenn dieser ihm seine Forderung abgetreten hat oder wenn sie nach bürgerlichem Rechte kraft Gesetzes auf ihn

[1]) A. M. nur Meves S. 59 bezüglich der unter § 39 gehörigen Fälle.
[2]) Bayer. ob. Landesg. 29. Mai 1884, Samml. Bd. 10 S. 445.

übergegangen ist. Andererseits wird die Sache für die Masse in dem Umfange frei, in welchem der K.-V. den absonderungsberechtigten Gläubiger mit Massemitteln befriedigte. Hat dieser letzere Nachmänner, welchen gleichfalls ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht, so rücken sie hiernach nicht an die Stelle des vom K.-V. befriedigten Vormannes ein, sondern können sich nur an denjenigen Teil des Erlöses halten, welcher verbleibt, nachdem die aus der Masse verwendeten Beträge abgezogen worden sind. Die freiwillige Befriedigung eines Absonderungsberechtigten durch den K.-V. äussert dieselbe Wirkung wie die in einem Verteilungsverfahren erfolgte Zuweisung des Erlöses. Der Nachmann hat nur auf dasjenige einen Anspruch, was nach Befriedigung der Vormänner übrig geblieben ist. Von den Absonderungsberechtigten, deren Recht sich auf dieselbe Sache bezieht, hat jeder einzelne nur insoweit Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus deren Erlöse, als ihm nicht das bessere Recht eines Vormannes entgegensteht. Diese Beschränkung wird aber nicht dadurch beseitigt, dass der K.-V. den Vormann befriedigt. Die auf Abfindung des Vormannes verwendete Summe kann der Nachmann nicht nochmals für sich in Anspruch nehmen. Auch besteht ein Unterschied nicht zwischen den Fällen, in welchen der K.-V. den Vormann aus dem Erlöse der Sache befriedigt, und denjenigen, in welchen er die Befriedigung mit andern Mitteln bewirkt, um freie Verfügung über die Sache zu erhalten. Anders liegt die Sache, wenn ein Gläubiger auf sein Absonderungsrecht verzichtet. Ein solcher Verzicht kommt in erster Linie den Nachmännern, dann erst den K.-Gl. zugut, weil der K.-V. nicht in der Lage ist, das untergegangene Absonderungsrecht zum Nachteil der Nachmänner wieder ins Leben zu rufen. Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn das Absonderungsrecht, auf das verzichtet wurde, niemals bestanden hätte. Hat der K.-V. den zur abgesonderten Befriedigung bestimmten Gegenstand freigegeben, so scheidet dieser aus der Masse aus und es kann nun nicht mehr verlangt werden, dass der etwaige Überschuss zur Masse fliesse. In der Freigebung ist dagegen nicht ohne weiteres eine Anerkennung der dem Absonderungsanspruch zu Grund liegenden Forderungen zu finden. Die erwähnten Bedingungen sind erfüllt:

a) bei den Personen, denen kraft eines Pfand- oder Vorzugsrechtes eine bestimmte Sache haftet, unter den in den §§ 14—17 E.-G. vorgesehenen Voraussetzungen (§§ 39—41);

b) bei den zu einer Erbschaft des Gemeinschuldners gehörigen Gegenständen, welche dem Befriedigungsrechte der Erbschaftsgläubiger zu einer Zeit unterlagen, als das Vermögen des Schuldners noch nicht mit dem des erbenden Gemeinschuldners vereinigt war (§ 43);

c) bei dem Anteil des Gemeinschuldners an einem Gemeinschaftsvermögen hinsichtlich der Gemeinschaftsgenossen (§ 44);

d) in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche vermöge ihrer rechtlichen Eigentümlichkeit nicht zu dem „allgemeinen" Vermögen gehören — Lehen, Stammgüter und Fideikommisse (§ 45).

Ausserdem haben neue Gesetze weitere Absonderungsrechte geschaffen. Es ist nämlich:

e) durch die Gew.-O. (§ 100 c) nach dem Reichsges. vom 18. Juli 1881 betr. die Abänderung der Gew.-O. (Innungsgesetz) und

f) durch das Krankenversicherungsges. vom 15. Juni 1883 § 73 Abs. 2 zugunsten der Gläubiger von Innungsunterstützungskassen und Krankenkassen am Vermögen dieser Kassen ein Absonderungsrecht begründet worden.

Daneben bleiben nach § 3 E.-G. die auf frühern Reichsgesetzen, insbesondere auf dem H.-G.-B. beruhenden Absonderungsansprüche in Kraft (Bem. 3 zu § 44). Die in § 3 des Reichsges. über die Konsulargerichtsbarkeit anerkannte Geltung des Handelsgewohnheitsrechtes hat nicht die Bedeutung, dass dadurch unabhängig von der K.-O. Absonderungsrechte begründet werden könnten. Vielmehr greifen deren Vorschriften auch

hier durch, da § 14 des erwähnten Gesetzes ihre Anwendung vorbehaltlos vorschreibt und die K.-O. nicht als bürgerliches Recht im Sinne des § 3 anzusehen ist.[1])

3) Auf die Anfrage des Abg. Hullmann, „warum die Gläubiger nicht gegen solche Veräusserung ihrer Mobilien geschützt worden seien, die ohne Besitzübertragung und lediglich zu dem Zwecke stattfänden, um einem Gläubiger Sicherheit wegen Bezahlung seiner Forderung zu gewähren", und auf die Bemerkung, „dass die Vorschriften des E.-G. wegen des Faustpfandes dadurch umgangen werden könnten, dass der Gemeinschuldner die Verpfändung in die Form eines Verkaufes mit dem Vorbehalte des Rückkaufes kleide," erklärte Hagens in der Reichstagskommission: „Soweit es sich um ein verdecktes Geschäft — Versatz unter der Form des Verkaufs — handle, würde der K.-V. dem angeblichen Käufer gegenüber dieselben Rechte geltend machen können wie der Gemeinschuldner. Im übrigen liessen die meisten Landesgesetze ein constitutum possessorium oder ein pactum reservati dominii bei Mobilien nur mit beschränkter Wirksamkeit zu; zudem seien Fälle der bezeichneten Art eine Seltenheit, so dass für die K.-O. der Anlass nicht dringend genug sei, um in das Civilrecht einzugreifen" (K. S. 38 39).

Hat zum Zweck der Sicherstellung eines Gläubigers eine Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen stattgefunden, so wird, wenn diese rechtswirksam ist, dadurch ein Aussonderungsrecht begründet (Bem. 1 zu § 35 S. 179). Von gleichzeitiger Geltendmachung eines Absonderungsrechts kann dann nicht die Rede sein, weil der zur Sicherung dienende Gegenstand nicht zur Masse gehört und sonach nicht zur abgesonderten Befriedigung dienen kann. Es ist aber auch nicht gerechtfertigt, auf den Gläubiger, dem die Sachen verkauft wurden, § 57 entsprechend anzuwenden und ihn nur insoweit zum Kv. zuzulassen, als er nicht durch Veräusserung der ihm verkauften Sachen gedeckt worden ist (Bem. 1 zu § 57). Ein Absonderungsrecht kann in einem Falle dieser Art geltend gemacht werden, wenn festgestellt wird, dass in Wirklichkeit nicht eine Eigentumsübertragung, sondern eine (verschleierte) Verpfändung vorliegt, diese aber nach dem geltenden Recht als gültig anzusehen ist. Damit eine gültige Faustpfandbestellung angenommen werden kann, müssen vor allem die Voraussetzungen der §§ 14, 15 E.-G. beobachtet worden sein. Die K.-O. gebraucht die Bezeichnung „Gegenstand" im weitern Sinne und versteht darunter körperliche, wie unkörperliche Sachen, insbesondere „Sachen", sowie Forderungen und sonstige Vermögensrechte (M. S. 190). Dieser Sprachgebrauch wurde auch in andern Materien festgehalten (Bem. 5 zu § 35 S. 181 u. Bem. 3 zu § 38 S. 204; C.-P.-O. §§ 708. 709.)

Bezüglich der ausschliesslichen Anwendbarkeit der in der K.-O. enthaltenen Vorschriften über Absonderungsrechte auf alle nach ihrem Inkrafttreten eröffneten Konkurse vgl. § 11 E.-G. Besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zur Bewilligung von Vorrechten für bisherige Absonderungsrechte enthalten die §§ 12 und 13 E.-G.

4) Der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung ist gegenüber dem K.-V. geltend zu machen. Erkennt dieser den Anspruch nicht an, so kann der Gläubiger Klage erheben. Er kann aber seinen Anspruch auch mittels Einrede geltend machen. Partei ist auch in dem Prozesse über das Absonderungsrecht der Gemeinschuldner, als dessen Vertreter der K.-V. anzusehen ist, nicht der letztere selbst oder die Gläubigerschaft (Bem. II. 2 zu § 3 und III. 1 zu § 5 S. 33 ff., bes. 36 a. E.) Wenn auch hier nicht wie bei den Prozessen über ein Aussonderungsrecht darüber gestritten wird, ob der streitige Gegenstand einen Bestandteil der Masse bildet, so dreht sich doch der Streit darum, ob ein Massegegenstand zugunsten eines Dritten einer Belastung unterworfen ist und deshalb nur der sich ergebende Überschuss des Erlöses in die Verteilungsmasse fliesst. Die Klage ist deshalb gegen den K.-V. zu richten, weil dieser als Vertreter des Gemeinschuldners dessen die Masse bildendes Vermögen zu

[1]) R.-G. (I.) 3. Juni 1885, Reichsanz. 1885, bes. Beil. S. 354 ff., bes. S. 356.

verwalten und die K.-Gl. zu befriedigen bezw. die Liquidation durchzuführen hat.[1]) Wie ein Rechtsstreit über das Absonderungsrecht, so ist auch das Befriedigungsverfahren selbst nach § 3 Abs. 2 unbeschadet des dem K.-V. zustehenden Veräusserungsrechtes ausserhalb des Kv. durchzuführen (Bem. II. zu § 3 S. 25 ff.).

5) Wenn die Forderung des Absonderungsberechtigten eine betagte oder bedingte ist, so kommen die §§ 58 ff. zur Anwendung. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, dass der Absonderungsberechtigte persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners ist. Ist dies nicht der Fall, hat z. B. der Gemeinschuldner eine ihm gehörige Sache zur Sicherung der dem Absonderungsberechtigten gegen einen Dritten zustehenden Forderung verpfändet, ohne sich persönlich hiefür verbindlich zu machen, so hat die K.-E., soweit dies nicht durch landesrechtliche Vorschriften bestimmt ist, nicht die Wirkung, dass die betagte Forderung gegen den Dritten fällig wird.[2]) Der Gläubiger kann also auch nicht Befriedigung aus der verpfändeten Sache verlangen, obgleich dem K.-V. das Recht zusteht, diese ebenso wie andere Massegegenstände zu veräussern. In diesen Fällen wird zur Wahrung der Rechte des Absonderungsberechtigten der Erlös gerichtlich zu hinterlegen sein (§§ 141 und 155). Dem Absonderungsberechtigten kann, wenn sein Pfandrecht dadurch, dass er den Besitz der beweglichen Sache verloren hat, untergeht und das Kv. beendigt wird, ehe er seine Rechte auf den Erlös geltend zu machen vermochte, immerhin die Befriedigung entzogen werden.

§ 39.

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.

(E. § 39; M. S. 190 ff.; K. S. 39; pr. K.-O. §§ 31, 46—71. 263, 266—271).

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

In § 39 wird das Absonderungsrecht an unbeweglichen Sachen und Gegenständen behandelt. Es wird aber hier nicht (wie in den §§ 40 u. 41) genau bestimmt, welchen Personen ein Absonderungsrecht zusteht und auf welche Forderungen und Gegenstände es sich bezieht, sondern das Absonderungsrecht in Ansehung der Liegenschaften des Gemeinschuldners nur im Grundsatze anerkannt. Die Regelung des Gegenstandes, Umfanges und Ranges[3]) der Absonderungsrechte wurde der Reichs- und Landesgesetzgebung überlassen. Auch die Formen bei der Verfolgung und Durchführung des Absonderungsrechtes (Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung) richten sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte.

[1]) V. dag. C. Otto, Wie ist nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltend zu machen? S. 22, 24; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. S. 157, bes. S. 162.

[2]) Stieglitz S. 390, 391; v. Völderndorff Bd. 1 S. 660, 661; R.-G. (II.) 11. Febr. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 356.

[3]) Bayer. ob. Landesg. 14. März 1887, Samml. Bd. 10 S. 607, 608; v. Zöller in Puchelts Z. Bd. 12 S. 374.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt auch dann nicht im Kv., wenn dies nach dem früher geltenden Recht der Fall war. Vielmehr greift § 3 Abs. 2 durch.[1])

2. Gegenstände, welche zum unbeweglichen Vermögen gehören.

Das an dem Orte der belegenen Sache geltende Recht ist zunächst bezüglich der Frage maassgebend, welche Gegenstände als unbewegliche Vermögensstücke zu betrachten sind. Auch in dieser Beziehung wurde (wie in § 757 C.-P.-O.) auf eine einheitliche Regelung verzichtet. Nicht bezüglich aller Gegenstände, welche das Landesrecht im allgemeinen oder nach einzelnen Richtungen als „unbeweglich" behandelt, besteht übrigens das im § anerkannte Absonderungsrecht, sondern bloss hinsichtlich derjenigen, welche „in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören". Mit Rücksicht darauf gehören auch Gegenstände hierher, „welche, obschon beweglich, vom Gesetze betreffs Verpfändung und Zwangsverkauf den unbeweglichen Sachen gleichgestellt sind, wie Schiffe, Schiffmühlen, die Zubehör von unbeweglichen Sachen und Realrechte."[2]) Die Ausübung des Absonderungsrechtes im Kv. soll gerade so wie die sonstige Geltendmachung des Vorzugsrechts bewirkt werden. Da die Ausübung der dinglichen Rechte ausserhalb des Kv. durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung bewirkt wird, soll deren Zulässigkeit maassgebend sein (M. S. 194). Ist im bürgerlichen Rechte auf Bestimmungen des bisher geltenden Konkursrechtes derart verwiesen, dass sie als Bestandteil des bürgerlichen Rechtes oder als Vorschriften über die Zwangsvollstreckung an Liegenschaften anzusehen sind, so haben sie nach § 4 E.-G. ihre Geltung behalten.[3]) Auch der Umfang der aus unbeweglichen Sachen zu bildenden Masse richtet sich nach dem Landesrechte, das hiernach darüber entscheidet, ob und inwieweit Früchte, Pacht- und Mietzinsen[4]), die Versicherungssumme[5]) u. s. w. zu dieser Masse gehören. Soweit der Schuldner des Hypothekargläubigers ausserhalb des Kv. berechtigt ist, die Miet- oder Pachtzinsen zu erheben, ist hierzu nach der K.-E. der K.-V. befugt. Eine Änderung könnte nur dadurch eintreten, dass der Gl. selbständig die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung betreibt (Bem. II. 1 u. 3 zu § 3; Bem. 1 zu § 116).[6])

3. Ansprüche, für welche ein Absonderungsrecht besteht.

Das bürgerliche Recht, sei es Reichsrecht oder Landesrecht, ist auch maassgebend bezüglich der Ansprüche, für welche die abgesonderte Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gesucht werden kann, insbesondere dafür, welchen Umfang diese Ansprüche haben und inwieweit die Zinsen bei der Befriedigung zu berücksichtigen sind. In Ermangelung von reichsgesetzlichen Vorschriften kommen die landesgesetzlichen Bestimmungen (Hypothekengesetze, Gesetze über das Zwangsvollstreckungsverfahren und Ausf.-Ges. zur K.-O.) zur Anwendung. Nach diesen können auch allgemeine und nicht eingetragene Hypotheken sowie blosse Vorzugsrechte, wie sie besonders das rhein. Recht kennt, ein Absonderungsrecht gewähren (Bem. 2 zu § 12 S. 59, 60). Ob das Recht auf vorzugsweise Befriedigung auf den Erlös aus einzelnen Gegenständen beschränkt ist oder sich

[1]) Conr. Otto a. a. O. S. 13 ff.

[2]) Bez. der wichtigern Landesrechte: Meisner S. 175 ff.; v. Sarwey S. 309 ff. Über Schiffspfandrecht: Mittelstein, Schiffspfandrecht; Cosack in d. Litteraturzeit. 1890 S. 718 u. Schröder in Endemann, Handb. Bd. 4 S. 302.

[3]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 497 lit. c Nr. 1; v. Wilmowski S. 197.

[4]) V. bez. des Hamburg. Rechtes in Ansehung der Mietzinsen O.-L.-G. Hamburg 24. Juni 1884, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 5 S. 259; für Sachsen: O.-L.-G. Dresden 14. Juli 1886, Anm. Bd. 8 S. 62 ff.

[5]) Bezügl. der einzelnen Gesetzgebungen vgl. die Anm. 1—4 der Mot. (S. 192); für das rhein. Recht Art. 520, 2119 C. c. und Art. 689 C. de pr. civ.

[6]) R.-G. (V.) 13. März 1889, Entsch. Bd 23 S. 54.

auf alle unbeweglichen oder auf bewegliche und unbewegliche Sachen erstreckt, ist einerlei. Auch im letztern Falle findet die abgesonderte Befriedigung aus „den Gegenständen statt, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören." Dass ein dingliches Recht an den einzelnen Sachen besteht, wird aber nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt auch ein „sonstiges Recht" auf vorzugsweise Befriedigung.[1])

§ 40.

Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache, an einer Forderung oder an einem andern Vermögensrechte des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

(E. § 40; M. S. 195 ff. K. S. 39; pr. K.-O. §§ 32, 263, 264).

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die Pfandrechte an beweglichen Sachen wurden in der K.-O. wenigstens insoweit geregelt, als es für das Kv. notwendig war (M. S. 195 ff.). Damit § 40 Anwendung finden kann, wird regelmässig vorausgesetzt, dass der betr. Gegenstand zur Masse gehört. Ist dies nicht der Fall, kann vielmehr der Eigentümer die Aussonderung des Gegenstandes verlangen, so muss der Faustpfandgläubiger seine Ansprüche diesem gegenüber geltend machen und nötigenfalls mit ihm gerichtlich austragen. Ob ein Gläubiger des Gemeinschuldners aus einem nicht zur Masse gehörigen Gegenstand seine Befriedigung suchen darf, geht den K.-V. nichts an (Vorbem. 1 zu Titel IV. und Bem. II. 2 c. zu § 41).

2) Das Pfändungspfandrecht begründet zwar auch ein Absonderungsrecht, ist aber nicht als Faustpfandrecht anzusehen, da nicht notwendig Besitz der gepfändeten Gegenstände für den pfändenden Gläubiger erworben wird. Vielmehr hat dieses Absonderungsrecht lediglich in § 41 Z. 9 seinen Grund (Bem. I. 3 und II. 7 zu § 41). In der Hinterlegung zum Zwecke der Abwendung einer Zwangsvollstreckung ist dagegen regelmässig die Einräumung eines Pfandrechtes zu finden (§ 41 Bem. II. 7). Dasselbe gilt von der Hinterlegung, welche gemäss § 101[2]) oder § 750 der C.-P.-O.[3]) erfolgt, sofern nicht angenommen wird, durch die letztere Hinterlegung werde der hinterlegte Schuldbetrag dem Pfändungspfandrecht unterworfen. In diesen Fällen kann der K.-V. die vom Gemeinschuldner hinterlegten Gegenstände nicht einfach zur Masse ziehen. Er muss sich vielmehr gefallen lassen, dass der Gläubiger, zu dessen Sicherstellung die Hinterlegung erfolgte, den hinterlegten Gegenstand zu seiner Befriedigung verwendet, wenn der Fall eintritt, für den durch die Hinterlegung gesorgt werden sollte. Ebenso verhält es sich mit der Hinterlegung, welche gemäss § 118 St.-P.-O. zur Abwendung der Untersuchungshaft erfolgt. Bei der gemäss § 72 C.-P.-O. „zugunsten der streitenden Gläubiger" erfolgenden

[1]) Fuchs S. 63; v. Mandry S. 330; Stieglitz S. 251 Nr. IV.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 494 Anm. 5; v. Wilmowski S. 197 Nr. 2, Jur. Woch. 1884 S. 309 ff., bes. S. 311. A. M. v. Sarwey S. 324 ff.

[2]) Petersen, C.-P.-O. § 101 Bem. 3; bayer. ob. Landesg. 9. Okt. 1888, Samml. Bd. 12 S. 166 ff.; O.-L.-G. Frankfurt 10. April 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 272 ff., u. Frankf. Rundschau 1888 S. 244 ff.

[3]) Petersen, C.-P.-O. § 750 ff. Bem. 2 S. 1044; v. Sarwey S. 298, 299; Stieglitz S. 299; v. Völderndorff Bd. 1 S. 538; v. Wilmowski S. 214, 215.

Hinterlegung dagegen erkennt der Hinterlegende an, dass er einem der streitenden Gläubiger die hinterlegte Summe schuldet, und will sich durch die Hinterlegung seiner Verbindlichkeit entledigen; durch die auf Grund dieser Hinterlegung erfolgende Entlassung aus dem Prozesse wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit. Wenn der hinterlegte Betrag einem der streitenden Gläubiger zugesprochen wird, steht diesem sonach nicht bloss ein Absonderungsrecht, sondern das Recht der Aussonderung zu. Nimmt man ein solches nicht an, so muss auch in diesem Falle mindestens ein Absonderungsrecht zugesprochen werden. Das Pfandrecht, das durch die gerichtliche Hinterlegung begründet wird, entspricht auch dem § 15 Z. 1 des E.-G.[1]) Soweit nach Landesrecht das Eigentum an dem hinterlegten Geld auf den Staat übergeht, erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung des Schuldners auf Rückerstattung des hinterlegten Betrages.[2])

II. Erfordernis des Faustpfandrechtes.

1) Das Recht, auf Grund des § abgesonderte Befriedigung zu verlangen, steht allen Gläubigern, welche an einer zur Masse gehörigen Sache ein Faustpfandrecht haben, aber auch bloss diesen zu. Nur wenn dem Gläubiger der Besitz an der verpfändeten Sache übertragen wurde, das Verhältnis zur Sache also jedermann erkennbar ist, kann deshalb ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Kv. geltend gemacht werden. Der blossen Hypothek an beweglichen Sachen ist schlechterdings die Wirkung entzogen, ein solches Recht zu begründen. Das Absonderungsrecht geht hiernach auch dadurch verloren, dass der Gläubiger den Gewahrsam verliert.[3]) Durch § 12 E.-G. wird der Landesgesetzgebung die Befugnis eingeräumt, solchen Gläubigern, deren Pfand- und Vorzugsrechte ihre Wirksamkeit verlieren, ein Vorrecht vor den in § 54 bezeichneten Forderungen zu gewähren. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Faustpfandrecht bestellt werden kann, wird in § 40 nicht berührt und auch in den §§ 14 und 15 E.-G. nicht erschöpfend geregelt, welche bloss bestimmen, dass ohne das Vorhandensein der dort aufgezählten Merkmale ein Absonderungsrecht nicht bestehe.[4]) Ob ein Faustpfandrecht in gültiger Weise zustande gekommen ist, muss im übrigen nach dem bürgerlichen Rechte beurteilt werden, und zwar ist nicht das am Wohnsitze des Schuldners oder am Orte der Entstehung des Pfandrechtes geltende, sondern das Recht desjenigen Orts entscheidend, an welchem sich die Sache zur Zeit der Pfandbestellung befand. Bei Forderungen ist als Ort der belegenen Sache der Wohnort des Verpflichteten anzusehen.[5]) Wurde die verpfändete Sache nach wirksamer Entstehung des Pfandrechtes an einen andern Ort verbracht oder hat der Schuldner der verpfändeten Forderung nachträglich seinen Wohnsitz an einen andern Ort verlegt, so wird dadurch der rechtliche Bestand des Faustpfandrechtes an sich nicht berührt. Das Absonderungsrecht geht aber verloren, wenn durch die Ortsveränderung der Gewahrsam des Pfandgläubigers an der verpfändeten Sache aufgehoben wird.[6]) Auch hinsichtlich der Form des Vertrages, der Frage, ob die Verpfändung schriftlich geschehen muss u. s. w. ist dieses Recht maassgebend.[7]) Soweit es sich um das Erfordernis der Besitzübertragung

[1]) Bayer. ob. Landesg. 9. Okt. 1888, Samml. Bd. 22 S. 166; O.-L.-G. Frankfurt 10. April 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 272, Frankf. Rundschau 1888 S. 244.

[2]) O.-L.-G. Frankfurt 10. April 1888 a. a. O.

[3]) R.-G. (II.) 4. März 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 439.

[4]) Bayer. ob. Landesg. 23. Febr. 1883, Bl. f. R.-A. Bd. 48 S. 169 ff., bes. S. 170.

[5]) v. Bar, Bd. 1 S. 644 ff.; Fitting § 19 Anm. 8 u. 9; Willenbücher S. 84 Nr. II. 2 b, v. Wilmowski S. 200.

[6]) Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 338; Stieglitz S. 275; Willenbücher S. 84 Nr. II. 2 a.

[7]) V. Savigny, System Bd. 8 S. 175 ff., 191 ff.; Windscheid Bd. 1 § 35 S. 90, 91; Fitting § 19 Anm. 9; v. Sarwey S. 338; Stieglitz S. 274; v. Wilmowski S. 200; R.-G. (III.) 20. Okt. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 110 ff., bes. S. 113.

handelt, wurde mit Rücksicht auf das gemeine Recht, nach welchem die Besitzübertragung auch durch constitutum possessorium erfolgen kann, im E.-G. (§§ 14 und 15) dafür gesorgt, dass nur ein „wirkliches Faustpfand" berücksichtigt werde. Es wurde nämlich vorgeschrieben, dass der Gläubiger den thatsächlichen Besitz oder Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben müsse. Die Vorschriften dieser §§, durch welche die landesgesetzlichen Bestimmungen insoweit ihre Kraft verlieren, als sie sich mit geringern Erfordernissen begnügen,[1]) sind in den Mot. zu § 40 (S. 198 ff.), wo insbesondere die Zulässigkeit der „symbolischen Verpfändung" erörtert wurde, ausführlich gerechtfertigt worden. Im einzelnen ist auf die Erläuterung des E.-G. zu verweisen.

Bezüglich der Frage, weshalb die allgemeine Vorschrift, was im Sinne der K.-O. als Faustpfand anzusehen sei, im E.-G. und nicht in der K.-O. selbst gegeben werde, wurde in der Reichstagskommission erklärt: „Weder die K.-O. noch das E.-G. setze positiv die Erfordernisse des Pfandrechtes fest. Es werde ein nach Civilrecht gültiges Faustpfandrecht vorausgesetzt und nur ein Minimum von Erfordernissen aufgestellt, so dass, falls nicht wenigstens dieses vorliege, das Faustpfandrecht nicht als Absonderungsrecht zugelassen werden solle. Die Regulierung dieses Verhältnisses der K.-O. zu dem in Geltung bleibenden bürgerlichen Rechte gehöre ebenso in das E.-G. wie die Regelung des Verhältnisses zu den bestehenden K.-O." (K. S. 39).

2) Dem Faustpfandrechte können nicht bloss bewegliche körperliche Sachen, sondern auch Forderungen oder andere Vermögensrechte unterliegen. Deshalb wurden diese in § 40 ausdrücklich erwähnt (Bem. 3 zu §§ 14 ff. E.-G.). Inwiefern ausser den Forderungen auch noch andere Rechte, z. B. Regalien, Dienst- und Bannrechte, Grunddienstbarkeiten, Gegenstand eines Pfandrechtes sein können, richtet sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Ebenso ist nach diesem zu entscheiden, ob Forderungen aus Inhaberpapieren und Wechselforderungen als solche verpfändet werden können, oder ob die körperliche Grundlage der Forderung, welche deren Träger bildet, verpfändet werden muss, damit ein gültiges Pfandrecht entsteht. Im einzelnen wurde ausgesprochen, dass nach gemeinem Rechte ein Faustpfand an Forderungen auch bei Übergabe der Schuldurkunde nur in solchen Fällen möglich sei, in welchen diese nicht bloss Beweismittel, sondern Träger der Forderung sei,[2]) ferner, dass nach preuss. A. L.-R. die Grundschuldforderung nur durch Bestellung eines Faustpfandes am Grundschuldbrief verpfändet werden könne.[3]) Urkunden, welche nicht selbständige Träger einer Verbindlichkeit, sondern nur Beweismittel sind, insbesondere Hypothekenurkunden, können regelmässig für sich allein ohne die Forderung nicht Gegenstand eines Faustpfandrechtes sein.[4]) Bezüglich der in § 40 erwähnten „andern Vermögensrechte" kann ein Faustpfandrecht nur bestellt werden, sofern diese Rechte nicht nach dem Landesrechte zum unbeweglichen Vermögen gehören, also unter § 39 fallen.

III. Wirkungen und Umfang des Absonderungsrechtes.

1. Allgemeine Bemerkungen.

Hinsichtlich der Wirkungen des Absonderungsrechtes bestimmt § 3, dass die abgesonderte Befriedigung „unabhängig vom Konkursverfahren" erfolgt. Der Faustpfandgläubiger, dem auf Grund des § ein Absonderungsrecht zusteht, hat hiernach das Recht, den ihm ver-

[1]) R.-G. (I.) 20. Okt. 1886, Entsch. Bd. 19 S. 26.

[2]) R.-G. (I. H.-S.) 2. Dez. 1881, Jur. Woch. 1882 S. 38, deutsche Notariatszeit. Bd. 12 S. 10 ff. bes. S. 12. Sintenis, Pfandr. § 22; Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 462.

[3]) R.-G. (I.) 18. Febr. 1885, Reichsanz. J. 1885, bes. Beil. IV. S. 195.

[4]) R.-G. (VI.) 5. März 1888, (V.) 28. Nov. 1888, Entsch. Bd. 20 S. 133 ff., bes. 135, Bd. 22 S. 325 ff., bes. 332.

pfändeten Gegenstand ganz ebenso, als ob ein Kv. nicht bestände, zu verwerten bezw. zwangsweise veräussern zu lassen (Bem. II. 1 zu § 3). Da das Pfand immerhin zur Masse gehört, ist er aber verpflichtet, dem K.-V. von seinem Besitze und von der Forderung Anzeige zu machen, und muss auf Verlangen die Sache vorzeigen sowie deren Abschätzung gestatten (§ 108 und 110). Auch kann der Absonderungsberechtigte, wenn der K.-V. die Verwertung des verpfändeten Gegenstandes übernehmen will, dem nicht widersprechen, sondern in diesem Falle nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen. Soweit bezüglich der Wirkungen des Absonderungsrechtes noch das bürgerliche Recht in Betracht kommt (Bem. III. 2 und 3), entscheidet das Recht des Ortes, an welchem sich die verpfändete Sache zur Zeit der Ausübung des Absonderungsrechtes befindet (Bem. II. 1 S. 212).

2. *Zubehör und Früchte.*

Dem Absonderungsrechte unterliegen nur „die verpfändeten Gegenstände". Ob und inwieweit es sich auch auf Zubehör und Früchte erstreckt, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Damit diese Gegenstände der Absonderung unterliegen, genügt es aber nicht, dass sie nach bürgerlichem Rechte verhaftet sind. Vielmehr müssen sie sich auch im Besitze des Gläubigers befinden, was z. B. betreffs der Zinsabschnitte verpfändeter Wertpapiere von Wichtigkeit ist.

3. *Pfandforderung.*

Das Absonderungsrecht kommt dem Gläubiger für die ganze Pfandforderung zu. Für welche Forderungen das Pfandrecht zusteht, ist nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach diesem bestimmt sich z. B., ob die verpfändete Sache für vertragsmässig bedungene Zinsen und für Verzugszinsen aus den gesicherten Forderungen, für Verwendungen, Auslagen, Vertragsstrafen und Schadensersatzforderungen haftet. Auch bezüglich der rückständigen Zinsen ist das Absonderungsrecht nicht ausgeschlossen. Vielmehr sollen diese, soweit sie nicht verjährt sind, aus dem Erlöse des Pfandes bezahlt werden. Haftet nach Landesrecht die Pfandsache nur in beschränktem Maasse, so kommt diese Beschränkung im Kv. gleichfalls zur Geltung. Rein konkursrechtliche Vorschriften sind dagegen aufgehoben. Andererseits kann das Absonderungsrecht nur zugunsten der Pfandforderung Anwendung finden. Auch wo dem Pfandgläubiger nach bürgerlichem Rechte die Befugnis zusteht, die Pfandsache wegen anderer Forderungen zurückzubehalten, darf dieses Recht sonach im Kv. nicht ausgeübt werden. Die Geltung des Gordianischen Privilegs würde den Grundsätzen der K.-O. (§§ 10—12) zuwiderlaufen. Dem Verkehrsbedürfnisse ist durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des H.-G.-B. (Art. 313 ff.) genügend Rechnung getragen (vgl. § 41 Z. 8.) Art. 2082 Abs. 2 C. c. ist hiernach, soweit es sich um das Kv. handelt, aufgehoben.[1])

Die Festsetzung einer besonderen Rangordnung für die einzelnen Bestandteile der Pfandforderung (Kapital, Zinsen und Kosten) hat darin ihren Grund, dass mehrere Pfandgläubiger auf Befriedigung aus einem Pfandstücke Anspruch haben können und dass der Absonderungsberechtigte, soweit er aus dem Pfande nicht befriedigt worden ist (nach § 57), seine Forderung als K.-Gl. anmelden darf. Im Kv. kann die Forderung nicht in demselben Umfange wie bei der abgesonderten Befriedigung geltend gemacht werden; insbesondere werden aus der Masse die laufenden Zinsen nicht berichtigt (§ 56). Deshalb wurde festgesetzt, dass aus dem Erlöse des verpfändeten Gegenstandes zuerst die Kosten und dann die Zinsen der Forderung gedeckt werden müssen, ehe eine Zahlung auf das Kapital er-

[1]) Bingner, bad. Ausf.-Ges. S. 39, 40; Samml. der in E.-L. gelt. Gesetze Bd. 1 Art. 2082 Anm. 664; Cretschmar, rhein. Civilr. Art. 2082 C. c. S. 399; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 581.

folgen darf (M. S. 207, 208). Was unter Kosten zu verstehen ist, bestimmt sich ebenfalls nach dem Landesrechte. Soweit dieses besondere Vorschriften nicht enthält, sind als solche Kosten alle Aufwendungen anzusehen, welche der Gläubiger seit der Pfandbestellung machen musste, um aus dem Pfandgegenstande Befriedigung zu erhalten, insbesondere unter Umständen die erheblichen Kosten der Versilberung und der gerichtlichen Verfolgung des Absonderungsrechtes.[1]) Anwaltsgebühren dürfen am Erlöse nur insoweit abgezogen werden, als die Vertretung geboten war. § 87 Abs. 2 der C.-P.-O. findet bezüglich der aussergerichtlichen Verhandlungen mit dem K.-V., welche nicht einen „Prozess" im Sinne der C.-P.-O. bilden, keine Anwendung.[2])

§ 41.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;
2. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden.
3. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderung für dieses;
4. Vermieter wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Mietverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
5. Gastwirte wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirtung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;
6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;
7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vorteil nicht über-

1) Endemann S. 399; Fitting S. 171 § 19 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. 1 S. 504; Willenbücher S. 84 Nr. II. 3 a; v. Wilmowski S. 202 Nr. 7.

2) Ldg. Frankfurt 26. März 1887, Frankf. Rundschau S. 186.

steigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;

8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;
9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

(E. § 41; M. S. 208 ff.; K. S. 39 ff. und 150, ferner S. 202—204; pr. K.-O. § 33 und § 36 Abs. 2).

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Bei Aufstellung der K.-O. ging man davon aus, dass gesetzliche Pfandrechte an einzelnen beweglichen Sachen an sich nicht verwerflich seien, die in manchen Gebieten das Maass der Berechtigung überschreitenden gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechte aber beschränkt werden müssten. Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen solche gesetzliche Vorzugsrechte den Faustpfandrechten gleichgestellt werden sollten, wurde in den Mot. (S. 208) der oben (Vorbem. 2 zu §§ 39 ff. S. 206, 207) gekennzeichnete Standpunkt dargelegt, wonach gefordert wird: unmittelbare Beziehung der Forderung zur Sache, welche Gegenstand des Absonderungsrechtes sein soll, und äussere Erkennbarkeit des Pfand- oder Vorzugsrechtes durch Gewahrsam des Gläubigers. Von diesem Gesichtspunkte aus wurden die im § bezeichneten Absonderungsrechte aufgestellt, welche im ganzen Bereiche der K.-O. Geltung haben und durch welche alle bisher bestehenden Absonderungsrechte, insbesondere dasjenige des Mündels an den mit seinem Gelde vom Vormund erworbenen Sachen, da Pfandrecht der Vermächtnisnehmer an den Erbstücken des mit dem Vermächtnisse belasteten Erben, das Vorzugsrecht des Verkäufers nach Art. 2102 Nr. 4 C. c. beseitigt wurden. Ein vertragsmässig eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht, das nicht unter § 41 fällt, begründet hiernach ein Absonderungsrecht nicht.[1]) Soweit es sich nicht um ein Kv. handelt, sind die landesgesetzlich bestehenden Pfandrechte natürlich in Geltung gebliebens Andererseits wurden durch § 41 keine Pfandrechte begründet, welche auch ausserhalb des Kv. zur Anwendung kommen. Vielmehr entscheidet darüber, welche Rechte den im § angeführten Gläubigern ausserhalb des Kv. zustehen, lediglich das bürgerliche Recht. Insbesondere kann aus § 41 nicht ein ausserhalb des Kv. zu beanspruchendes Zurückbehaltungsrecht der in Frage kommenden Gläubiger abgeleitet werden.[2]) Die Geltendmachung eines Absonderungsanspruchs auf Grund eines in § 41 vorgesehenen Thatbestandes ist übrigens nicht dadurch bedingt, dass das bürgerliche Recht für den gleichen Fall auch ausserhalb des Kv. ein gesetzliches Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht gewährt. Vielmehr greift § 41 überall durch.[3]) In den unter die Z. 1—7 gehörigen Fällen können nur körperliche Sachen Gegenstand des Absonderungsrechtes sein, während in den Z. 8 und 9 auch Forderungen sowie andere Rechte in Betracht kommen. In den letzterwähnten Vorschriften

[1]) R.-G. (VI.) 5. März 1888, Entsch. Bd. 20 S. 133 ff., bes. 136.

[2]) v. Sarwey S. 358; Willenbücher S. 88 Nr. 5 a. E.; Altvater in der meckl. Z. Bd. 3 S. 74; Gösch ebendas. S. 113, 114; Schneider in Bödikers Magazin Bd. 2 S. 103; R.-G. (III. Strafs.) 19. April 1882 und 16. April 1883, Entsch. in Strafs. Bd. 6 S. 303 und Rechtspr. Bd. 5 S. 256 ff. Bezüglich der nach rhein. Rechte bestehenden Vorzugsrechte vgl. v. Cuny im rhein. Arch. Bd. 70 II. A. S. 29 ff. und II. B. S. 13 ff.

[3]) Endemann S. 399; Fitting § 19 Anm. 23; v. Sarwey S. 364, 383; Stieglitz S. 276 v. Völderndorff Bd. 1 S. 509 Anm. 8; v. Wilmowski S. 204. A. M. Meisner S. 183 ff.

wird darum auch nicht von Sachen, sondern von Gegenständen gesprochen. Auf unbewegliche Sachen bezieht sich § 41 überhaupt nicht. Vielmehr erstrecken sich dessen Vorschriften, wie die des § 40, nur auf bewegliche Sachen und Forderungen. Dies ergiebt sich aus dem System des Gesetzes, das sich zunächst in § 39 mit dem unbeweglichen Vermögen, in den §§ 40 und 41 aber mit den andern Vermögensgegenständen beschäftigt, wie aus dem Verhältnisse zwischen diesen letztern §§. Die Z. 9 findet deshalb keine Anwendung auf dasjenige Zubehör einer unbeweglichen Sache, welches nach dem Landesrechte als solche zu behandeln ist.[1])

2) Durch die Vorschrift, dass die in den Ziff. 1—9 genannten Gläubiger „den Faustpfandgläubigern gleichstehen", soll deren Stellung zur Masse bezeichnet werden. Jedem nach § 41 absonderungsberechtigten Gläubiger steht hiernach in dem durch § 40 bezeichneten Umfange ein Absonderungsrecht zu. Die dort vorgesehene Rangordnung für die einzelnen Bestandteile der Forderung gilt auch für die in § 41 geregelten Absonderungsrechte. Dagegen haben die hier aufgezählten Forderungen unter sich gleichen Rang. Diese Gleichstellung erstreckt sich auf alle Beziehungen der absonderungsberechtigten Gläubiger zur Masse, insbesondere auf das Recht, die Forderung, soweit sie nicht gedeckt ist, als Konkursforderung anzumelden (§ 57), auf die Anzeigepflicht (§ 108 ff.), auf die Verpflichtung zur Gestattung der Abschätzung und des Zwangsverkaufes (§§ 110, 117), endlich auf die Frist für die Geltendmachung des Absonderungsrechtes (§ 141). Soweit es sich nicht um das Kv. handelt, ist das allgemeine bürgerliche Recht maassgebend, das insbesondere über den Umfang der einzelnen gesetzlichen Pfandrechte, die Art ihrer Ausübung, das Recht zum Verkauf u. s. w., endlich über das Verhältnis zwischen den gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten unter sich sowie zu den auf Vertrag beruhenden Pfandrechten entscheidet.

3) Ein Widerstreit zwischen den in den §§ 40 und 41 aufgezählten Absonderungsrechten wird nicht häufig vorkommen, weil ein Absonderungsrecht in der Regel nur durch körperliche Besitzergreifung erworben werden kann, der Besitzer sonach in der Lage ist, die spätere Erwerbung eines Faustpfand- oder Absonderungsrechtes zu verhindern. In Ansehung des Verhältnisses zwischen einem Pfändungspfandrechte und einem andern Absonderungsrechte kann ein Streit über den Vorrang da nicht entstehen, wo das letztere nach § 41 (Z. 1, 3, 5—8) den Gewahrsam des Absonderungsberechtigten voraussetzt; denn Sachen des Schuldners, welche sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, dürfen nach § 713 der C.-P.-O. nur gepfändet werden, wenn dieser zur Herausgabe bereit ist, und die Herausgabe, ja schon die Zulassung der Pfändung hebt das thatsächliche Verhältnis auf, das zur Wirksamkeit des Absonderungsrechtes erfordert wird. Erklärt sich der absonderungsberechtigte Besitzer der Sache nicht zur Herausgabe bereit, so kann nur der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache gepfändet werden (§ 772 C.-P.-O). Eine derartige Pfändung hat aber nicht dieselben Wirkungen wie die Pfändung der Sache selbst und gewährt insbesondere ein Pfandrecht an dieser nicht.[2]) Gelingt es dem Gläubiger, der pfänden will, nicht, den Dritten, z. B. durch Befriedigung seines Anspruches, zur Herausgabe zu bewegen, so kann er allerdings, gestützt auf den gepfändeten Anspruch des Schuldners, Klage auf Herausgabe erheben. Aber dieser Klage kann der Dritte alle ihm gegen den Schuldner zustehenden Einreden entgegensetzen; insbesondere kann er sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Dieses Recht steht ihm auch dann zu, wenn der Gläubiger ein Konnossement gepfändet und so die rechtliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangt hat, denn dadurch wird der Gewahrsam und das Absonderungsrecht des

[1]) Bayer. ob. Landesg. 20. Nov. 1882, Samml. Bd. 9 S. 757 ff., Seuffert Arch. Bd. 38 S. 395 ff.

[2]) Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 198, 199; O.-L.-G. Nürnberg 14. Juli 1882, Buschs Z. Bd. 6 S. 148 ff.

Dritten nicht aufgehoben.[1]) Streitigkeiten sind aber doch nicht ausgeschlossen, können vielmehr in den Fällen des § 41 Z. 2, 4 und 8, ausserdem in solchen Fällen vorkommen, in welchen ein Faustpfandrecht ohne körperlichen Gewahrsam der Sache (durch symbolische Verpfändung, Verpfändung durch Übergabe der Warenscheine u. s. w.) erworben werden kann, oder das Pfandrecht durch den Verlust der Innehabung nicht erlischt (§ 14 Abs. 2 E.-G.[2]) Bezüglich solcher Rangstreitigkeiten wurde in die K.-O. absichtlich eine Bestimmung nicht aufgenommen, so dass für diesen Fall das bürgerliche Recht entscheidet. Die Reihenfolge der in § 41 enthaltenen Vorschriften ist nicht als eine Rangordnung anzusehen. Vielmehr muss ein Rangstreit unter einzelnen nach § 41 absonderungsberechtigten Personen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. In dieses durch Aufstellung einer einheitlichen Rangordnung einzugreifen, wurde für überflüssig gehalten, weil die abgesonderte Befriedigung ausserhalb des Kv. erfolgt und die Rangordnung dafür nur ein mittelbares Interesse hat. Nach dem geltenden Rechte entscheidet entweder der körperliche Besitz oder die nützliche Verwendung oder das Alter. Für einzelne Klassen hat das H.-G.-B. (Art. 411, 771 ff., 779, 781) besondere Rangordnungen aufgestellt. Ferner hat das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 in den §§ 14 und 100 dem Absonderungsrechte an zollpflichtigen Gegenständen den Vorrang vor allen andern Ansprüchen eingeräumt. Bezüglich des Rangverhältnisses zwischen den Absonderungsrechten aus § 41 Z. 7 und aus § 44 vgl. Bem. 4 zu dem letzteren §. Auch das in Z. 9 angeführte Pfändungspfandrecht (§§ 709 und 810 C.-P.-O.), bezüglich dessen, sofern verschiedene Pfändungen vorliegen, das Alter entscheidet (§ 709 Abs. 3), ist gegenüber den unter Z. 1—8 bezeichneten Pfandrechten nicht bevorzugt. Es wird sonach auch bei dem Zusammentreffen eines Pfändungspfandrechtes mit einem andern Absonderungsrechte regelmässig das Alter den Vorrang bestimmen. Demgemäss steht das Pfändungspfandrecht einem auf Z. 2 oder 4 gestützten Absonderungsrechte bezw. Zurückbehaltungsrechte in der Regel nach, denn dieses Recht, welches im Verhältnisse des Verpächters bezw. Vermieters zu den in Frage stehenden Gegenständen seinen Grund hat und nicht durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes, ja nicht einmal dadurch bedingt ist, dass eine Veranlassung zur Ausübung besteht, ist regelmässig älter. Nur wenn die von dem Pächter oder Mieter eingebrachten Sachen schon vorher gepfändet waren und mit dem die Pfändung nach § 712 Abs. 2 der C.-P.-O. ersichtlich machenden Zeichen versehen auf das Grundstück eingebracht wurden, geht das Pfändungspfandrecht als das ältere Absonderungsrecht demjenigen des Verpächters bezw. Vermieters vor. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Entstehungszeit können nicht entscheidend sein, weil das Absonderungsrecht lediglich auf der K.-O., nicht auf den Bestimmungen des Landesrechtes beruht.[3]) Im Rangstreite zwischen Forderungen von Gläubigern, welche verschiedenen Staaten angehören, entscheidet das Recht am Orte des Konkursgerichts.[4]) Soweit es sich nicht um den Vorrang zwischen dem Absonderungsrechte aus § 41 und dem Pfändungspfandrechte handelt, sondern ausserhalb des Konkursverfahrens ein Rangstreit zwischen dem letzteren Pfandrechte und dem auf die Landes-

[1]) A. M. anscheinend Hellwig a. a. O. S. 199.

[2]) Ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht durch Verlust des Gewahrsams erlischt, ist streitig. V. Goldschmidt, Handelsr. Bd. 1 Abt. 2 § 98 Note 90—93 S. 1053; v. Hahn Bd. 2 S. 177 ff.; Anschütz-Völderndorff, H.-G.-B. Bd. 3 S. 199; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 14 S. 101 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 24 S. 392.

[3]) v. Wilmowski S. 213 Nr. 14; Arnold, Mietwesen S. 173 ff.; R.-G. (V.) 1. Febr. 1890, Entsch. Bd. 25 S. 284 ff., bes. 288 ff.; Amtsger. Hamburg 7. Mai 1890, Hans. Gerichtsz. 1890 (Beibl.) S. 226 ff. So auch für das Gebiet des rhein. Rechtes: Ldg. Colmar 14. April 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 323, ferner Ldg. Düsseldorf 10. Okt. 1883 und Ldg. Koblenz 11. Febr. 1885, rheinpreuss. Amtsrichterzeit. Bd. 2 S. 41, Bd. 3 S. 18. Das Landrecht erklären für maassgebend Cretschmar im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 452 und Scherer rhein. R. Bd. 1 S. 596 sowie in Puchelts Z. Bd. 17 S. 530—532. V. auch O.-L.-G. Köln 18. Juni 1886, rhein. Arch. Bd. 77 I. S. 37.

[4]) v. Bar Bd. 2 S. 578; R.-G. (III.) 25. Nov. 1890, Jur. Woch 1891 S. 10 Nr. 26.

gesetze gestützten Vorzugsrechte des Verpächters oder Vermieters entsteht, ist das allgemeine bürgerliche Recht maassgebend. Wenn aber dieses besondere Bestimmungen nicht enthält, sondern lediglich § 41 Z. 2 u. 4 K.-O. auch ausserhalb des Kv. für anwendbar erklärt worden sind, so entscheidet gleichfalls das Alter.[1])

II. Besondere Bemerkungen.

1. Absonderungsrecht für öffentliche Abgaben. (Z. 1.)

Die Z. 1 setzt „zoll- und steuerpflichtige Sachen" voraus, kommt also nur bei Zöllen (§§ 14 und 100 des Vereinszollges.), Verbrauchssteuern, Übergangsabgaben und andern derartigen Abgaben, die auf bestimmten steuerpflichtigen Sachen haften, nicht aber bei direkten Steuern oder solchen Abgaben, welche persönlicher Natur sind, zur Anwendung. Bezüglich dieser letzteren kann vielmehr ein Absonderungsrecht nur durch Pfändung (Z. 9) erworben werden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass die zoll- und steuerpflichtigen Sachen „zurückgehalten oder in Beschlag genommen" worden sind. Das Absonderungsrecht kann sonach nur geltend gemacht werden, wenn die Zurückbehaltung oder Beschlagnahme gesetzlich zulässig war. Soweit sich das Absonderungsrecht auf § 14 des Vereinszollges. vom 10. Juli 1869 gründet, kommt ihm nach der Vorschrift dieses § ein Vorrang vor allen andern Absonderungsrechten zu (M. S. 220).

2. Absonderungsrecht des Verpächters. (Z. 2.)

a. Das Absonderungsrecht des Verpächters besteht nicht bloss für den Pachtzins, sondern auch zugunsten anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, insbesondere wegen Beschädigungen des Pachtgutes.[2]) Auch die Ansprüche, welche in der verweigerten oder verzögerten Rückgabe der verpachteten Sache oder in der Aufhebung des Pachtverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Zeit (§§ 17 und 21) ihren Grund haben, fallen unter Z. 2 (Bem. II. 3 a. E. zu §§ 17 ff. u. Bem. III. zu § 21).[3]) Dagegen erstreckt sich diese nicht auf eine von dem Verpächter und Pächter vereinbarte Vertragsstrafe oder Sicherheitsleistung, weil eine derartige Forderung nicht aus dem Pachtverhältnisse als solchem entspringt und mit dem Wesen des Pachtvertrages nichts zu thun hat.[4]) Das Absonderungsrecht bezüglich des rückständigen Pachtzinses auf eine bestimmte Zeit zu beschränken, wie es in Z. 4 bezüglich des Mietzinses geschehen ist, wurde unterlassen, „damit die Verpächter in der Lage sind, bei Missernten, Überschwemmungen oder sonstigen wirtschaftlichen Notständen den Pachtzins angemessen zu stunden" (M. S. 209). Ein Antrag, das Absonderungsrecht des Verpächters ebenfalls nur für die rückständigen Zinsen eines Jahres zu gewähren, wurde abgelehnt (K. S. 39, 40). Unter dem „laufenden Zins" ist der seit dem letzten Verfalltage laufende zu verstehen. Dieser Pachtzins ist zwar insoweit als Masseschuld anzusehen, als er für die Zeit nach der K.-E. geschuldet wird (Bem. II. 2 zu §§ 17 ff. S. 80 Abs. 2). Aber dadurch verliert das Absonderungsrecht nicht seinen Wert, da es dem Gläubiger besondere Vorteile gewährt. Der Verpächter kann sich, gleichviel ob er K.-Gl. oder Massegläubiger oder beides ist, immerhin auf Grund seines Absonderungsrechtes an die Absonderungsgegenstände bezw. an deren Erlös halten.[5])

[1]) V. die S. 218 Anm. 3 angeführten Schriftsteller und Urteile.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 30. April 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 254.

[3]) R.-G. (VI.) 14. Febr. 1882, (V.) 9. Febr. 1884, Entsch. Bd. 7 S. 19, Gruchot Bd. 28 S. 1175 ff., bes. S. 1177; O.-L.-G. Colmar 27. Juni 1881, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 6 S. 405.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 30. April 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 254; R.-G. (III.) 25. Mai 1888, Jur. Woch. 1888 S. 289, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 383.

[5]) R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. 14. S. 1 ff., bes. S. 3.

Das Absonderungsrecht kann unter Umständen auch derjenige geltend machen, dem die Forderung, mit welcher es verbunden ist, von dem Verpächter nebst dem Absonderungsanspruche abgetreten wurde. Dieser Anspruch setzt zwar voraus, dass der Inhaber der Forderung in dem hier vorausgesetzten thatsächlichem Verhältnisse zu dem verpachteten Grundstücke und den eingebrachten Sachen steht. Wenn aber der Pächter die Forderung aus dem Pachtvertrage mit allen Rechten übertragen hat, so ist in der Regel anzunehmen, dass er jenes thatsächliche Verhältnis als Vertreter des neuen Gläubigers fortsetzt.[1])

b. Bezüglich der Früchte hat § 41 nicht, wie es vielfach geschehen ist, ausdrücklich bestimmt, von welchem Augenblicke an das Absonderungsrecht wirksam wird. Es ergiebt sich dies jedoch aus der Natur der Sache. Da der Verpächter an eigenen Sachen ein Pfandrecht nicht haben kann, entscheidet derjenige Zeitpunkt, in welchem der Pächter das Eigentum an den Früchten erwirbt. Daher ist nach den verschiedenen Rechten bald der Zeitpunkt der Entstehung der Früchte, bald derjenige der Trennung von der fruchttragenden Sache, bald derjenige der Einerntung maassgebend (M. S. 210). Von dem Zeitpunkte ab, in welchem der Verpächter nach dem bürgerlichen Rechte an den Früchten ein Pfandrecht haben könnte, gewährt ihm die K.-O. ein Absonderungsrecht und zwar ohne Rücksicht darauf, von welcher Ernte diese Früchte herrühren. Vorausgesetzt wird nur, dass sich die Früchte zur Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechtes noch auf dem Grundstücke befinden. Wenn der Pächter das Grundstück weiter verpachtet und die Früchte Eigentum des Afterpächters werden, so wird dadurch das Absonderungsrecht des Verpächters an den Früchten, das nur geltend gemacht werden kann, wenn diese zur Masse gehören, ausgeschlossen. Seine etwaigen civilrechtlichen Ansprüche hat der Verpächter in diesem Falle dem Afterpächter gegenüber geltend zu machen (Bem. 2 c.). Hat der Pächter seine Rechte aus dem Pachtverhältnisse mit Zustimmung des Verpächters an einen andern abgetreten und der Verpächter diesen letztern als Pächter angenommen, so kommt § 41 auch dann zur Anwendung, falls dieser neue Pächter in Konkurs gerät. Ist das verpachtete Grundstück mit einer Hypothek belastet, so geht, falls diese Hypothek nach dem bürgerlichen Rechte auch die Früchte ergreift, das Recht des Hypothekargläubigers demjenigen des Verpächters vor. Erwirbt der Pächter, wie es nach gemeinem und rhein. Rechte der Fall ist, im Augenblicke der Trennung das Eigentum an den Früchten, so werden sie dadurch dem Hypothekargläubiger entzogen.[2]) Sind die Früchte auf dem Halm nach § 714, C.-P.-O. zugunsten eines Gläubigers des Verpächters gepfändet worden, so kann dieser letztere ein Absonderungsrecht an den Früchten in der Regel nicht erwerben, weil der Pächter das Eigentum daran nicht erlangt. Zwischen dem pfändenden Gläubiger und den Hypothekargläubigern kann in diesem Falle allerdings ein Rangstreit entstehen. Dieser berührt aber das Kv. über das Vermögen des Pächters nicht. Sollte der Pächter ungeachtet der Pfändung die Früchte einernten, ehe der Zwangsverkauf bewirkt worden ist so würde dadurch das Pfändungspfandrecht nicht untergehen. Das letztere würde aber auch den Vorrang vor dem Absonderungsrechte des Verpächters haben, weil dieses erst durch die Trennung der Früchte, also nach dem Pfändungspfandrechte, entstanden ist.

c. Der im Anschlusse an die pr. K.-O. (§ 33 Z. 4) gebrauchte Ausdruck „eingebrachte Sachen" darf nicht auf solche Sachen beschränkt werden, welche dazu bestimmt sind, dauernd auf dem Grundstücke zu verbleiben. Als „eingebracht" gelten vielmehr alle Sachen, welche mit Rücksicht auf den Zweck der Verpachtung, wenn auch nur vorübergehend, auf dem Grundstücke ihren Stand- oder Verwahrungsort haben sollen. Diese Vor-

[1]) R.-G. (I.) 15. Okt. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 157 ff; O.-L.-G. Hamburg 3. Mai 1884 Hans. Gerichtsz. (Beibl.) 1885 S. 65.

[2]) v. Sarwey S. 366, 371; Stieglitz S. 282 Vorbem. D. II. a, ferner bez. des sächsischen und gothaischen Rechtes: O.-L.-G. Dresden 14. Juli 1886, Sächs. Ann. Bd. 8 S. 59 ff., bes. S. 73; Ldg. Meiningen in den Thür. Bl. Bd. 35 S. 36 ff.

aussetzung trifft auch bei Waren zu, welche mit der Bestimmung eingebracht werden, auf dem Grundstücke veräussert, verarbeitet oder verbraucht zu werden.[1]) Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Sachen vom Pächter auf das gepachtete Grundstück verbracht wurden. Ein Vorrecht des Verpächters an der Forderung des Pächters gegen dessen Unterpächter, oder an dem von diesem letztern zu zahlenden Pachtzins (Art. 1753 C. c.) besteht nicht. Nach den Mot. (S. 210) liess man dieses „für den Konkurs des Pächters fallen", weil „die civilrechtliche Sicherung durch die Illaten des letzteren und die Früchte des Grundstücks als genügend erschien." Von einem Absonderungsrechte kann denn auch, wie hier zutreffend hervorgehoben wurde, nur die Rede sein bezüglich solcher Sachen, die zur Masse gehören, d. h. sich im Eigentume des Gemeinschuldners befinden. Handelt es sich um andere Gegenstände, deren Aussonderung aus der Masse verlangt werden kann, so muss der Verpächter die Ansprüche, die ihm etwa nach bürgerlichem Rechte an den betreffenden Sachen zustehen, dem Eigentümer oder Besitzer gegenüber geltend machen. Im Konkurse des Pächters kann hiernach ein Absonderungsrecht auf Grund des § 41 nur bezüglich der diesem gehörenden Sachen geltend gemacht werden. Die dem Pächter nicht gehörenden Sachen sind aus der Masse auszusondern. Der Verpächter muss dann dem Aussonderungsberechtigten gegenüber seine Rechte verfolgen. Einzelne Schriftsteller wollen zwar auch fremde, dem Pächter bezw. Mieter nicht gehörige, aber von ihm eingebrachte Sachen dem Absonderungsrechte des Verpächters bezw. Vermieters allgemein oder doch für den Fall unterwerfen, dass diese Sachen nicht als fremdes Gut erkennbar waren. Aber dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Dass nach dem ausserhalb des Kv. geltenden Rechte auch die einem Dritten gehörenden eingebrachten Sachen dem Pfandrechte oder Zurückbehaltungsrechte des Verpächters oder Vermieters unterliegen, berechtigt nicht zu der Annahme, das Absonderungsrecht des § 41 erstrecke sich auch auf solche Gegenstände, denn ein Recht auf abgesonderte Befriedigung kann begrifflich nur bezüglich der zur Masse gehörenden Gegenstände bestehen (Bem. I. 1 zu § 3 u. Vorbem. 1 S. 206).[2]) Wenn die von dem Pächter eingebrachten Sachen einem Dritten verpfändet sind, so steht dieser Umstand dem Absonderungsrechte des Verpächters nicht im Wege, da der Pfandgläubiger § 41 nicht anrufen kann. Hat der Pächter Sachen eingebracht, welche ihm nicht gehören, sondern nur als Faustpfand bestellt wurden, so werden diese (als fremde Sachen) nicht vom Absonderungsrechte des Verpächters ergriffen. Handelt es sich um den Konkurs des Afterpächters oder eines Dritten, dessen Sachen ein nicht in Konkurs befindlicher Pächter auf das von ihm gepachtete Grundstück eingebracht hat, so kann dem Verpächter unter Umständen ein Faustpfandrecht (§ 40) zustehen. Ein anderes Absonderungsrecht könnte aber in diesem Falle vom Eigentümer als Verpächter nur dann beansprucht werden, wenn die Sachen als „eingebrachte" im Sinne der Z. 2 und 4 zu betrachten wären, was nach den obigen Ausführungen nicht der Fall ist. Dem Afterpächter steht nicht der Eigentümer, sondern der Pächter als Verpächter gegenüber.[3]) Auf ein weitergehendes

[1]) Auch die zum Verkaufe bestimmten Waren gehören zu den eingebrachten Sachen, auf welche sich das Pfandrecht des Vermieters bezieht (pr. Obertrib. Striethorst, Bd. 95 S. 186 ff. und R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 6 S. 281 ff). Ebenso: Bunsen, gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte S. 17; Dernburg Bd. 1 S. 939 § 364; Endemann S. 404; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 639 und in Puchelts Z. Bd. 17 S. 544; Stieglitz S. 261 Nr. IV. 2; v. Völderndorff Bd. 1 S. 519, 520; Willenbücher S. 87 Nr. 5 a; v. Wilmowski S. 207.

[2]) Endemann S. 405; Dernburg Bd. 1 § 364 Anm. 12; v. Sarwey S. 374; Stieglitz S. 288, 289; v. Wilmowski S. 207; R.-G. (II.) 10. März 1885, Entsch. Bd. 13 S. 39 ff.; O.-L.-G. Darmstadt 9. Nov. 1889, Puchelts Z. Bd. 21 S. 127. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 520, 521, sowie Scherer in Puchelts Z. Bd. 17 S. 527 ff.

[3]) Dernburg Bd. 1 § 364 Anm. 2; Eccius Bd. 2 S. 206, 208; Endemann S. 402, 403; Fitting § 19 Anm. 20 und 23; v. Sarwey S. 374, 375 Nr. 12; Stieglitz S. 289 Nr. II. 4; v. Völderndorff Bd. 1 S. 515 ff.; Willenbücher S. 87, 88 Nr. 5 b.; v. Wilmowski S. 207, 208; R.-G. (II.) 10. März 1885, Entsch. Bd. 13 S. 39 ff.; O.-L.-G. Köln 14. Juli 1884, rhein. Arch. Bd. 76 III. S. 34 ff.;

gesetzliches Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht, insbesondere auf Art. 2101 Z. 1 C. c., kann aber der Verpächter seine Ansprüche nicht stützen, da letzterer für den Fall des Kv. seine Bedeutung verloren hat.[1]) Nach rhein. Rechte kann übrigens der Verpächter dadurch Befriedigung erlangen, dass er gemäss Art. 1166 C. c. das seinem Schuldner zustehende Aussonderungsrecht ausübt. Auch bezüglich solcher Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung entzogen sind, kann ein Absonderungsrecht nicht geltend gemacht werden, weil diese Gegenstände nach § 1 nicht zur Masse gehören, also auch von einer abgesonderten Befriedigung die Rede sein kann. Soweit die Gegenstände überhaupt zur Befriedigung der Gläubiger dienen, erfolgt diese ausserhalb des Kv., ohne dass es der Ausübung eines Absonderungsrechtes bedarf. Ob das dem Verpächter nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zustehende Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht sich auch auf solche Gegenstände erstreckt, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, oder ob § 715 der C.-P.-O. auch der Ausübung dieser Rechte entgegensteht, ist nach Landesrecht zu beurteilen.[2])

d. Dass der Verpächter schon vor der K.-E. von den Sachen bezw. Früchten Besitz ergriffen hat, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass sich diese Gegenstände „noch auf dem Grundstücke befinden", der Verpächter somit in der Lage ist, sich jederzeit den Gewahrsam derselben zu verschaffen. Um jedes Missverständnis über diesen Punkt auszuschliessen, wurde die Fassung der pr. K.-O. (§ 33 Z. 4) vermieden, welche dem Verpächter und Vermieter die Rechte der Faustpfandgläubiger nur einräumte, „soweit dieser das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht an den Illaten ausübt." Die erwähnte Bedingung war schon im römischen, preuss. und rhein. Recht nicht gestellt (M. S. 211). Sie würde auch das Absonderungsrecht des Verpächters bezw. Vermieters im höchsten Grade gefährdet haben (M. S. 211).[3]) Das durch das Einbringen der Sachen begründete thatsächliche Verhältnis dauert solange fort, als die eingebrachten Gegenstände sich noch auf dem Grundstücke befinden und demnach die Möglichkeit der sofortigen Besitzergreifung besteht. Bestand dieses Verhältnis noch zur Zeit der K.-E., so ist der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gerechtfertigt. Dieser Anspruch kann deshalb nicht dadurch verloren gehen, dass die eingebrachten Sachen bezw. die Früchte vom K.-V., ohne dass der Verpächter widersprochen hat, zur Konkursmasse gezogen oder vom K.-V. verkauft worden sind.[4]) Übrigens ist der K.-V., welcher schuldhafter Weise das Absonderungsrecht vernachlässigt, zum Schadenersatz verpflichtet. Ebenso verhält es sich bezüglich der Wegschaffung der eingebrachten Sachen, welche auf Grund einer Zwangsvollstreckung erfolgt. Auch durch eine derartige Entfernung der eingebrachten Sachen wird das nach § 41 begründete Absonderungsrecht nicht berührt.[5]) Dabei ist es unerheblich, ob der Verpächter der Wegschaffung der Sachen ausdrücklich widersprochen hat, oder ob er dies

O-L.-G. Hamburg 27. Febr. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 126 ff., Hans. Gerichtsz. (Beibl.) 1883 S. 233. A. M. Scherer in Puchelts Z. Bd. 17 S. 532 ff.

[1]) R.-G. (II.) 10 März 1885 a. a. O.

[2]) V. hiezu: Cretschmar im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 456; Gorius in den Verh. des 18. Juristentages Bd. 1 S. 124 ff.; Scherer, rhein. Recht, Bd. 1 S. 640 ff.; Dernburg Bd. 1 S. 897; Eck in der Festgabe f. Gneist S. 251 ff., bes. 266 ff.

[3]) Pr. Obertrib. 12. Febr. 1852 und 29. Nov. 1853 (Striethorst, Bd. 6 S. 43, Bd. 14 S. 81); R.-O.-H.-G. 28. Mai 1872, Entsch. Bd. 6 S. 281 ff.

[4]) R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. 14 S. 1 ff.; Scherer in Puchelts Z. Bd. 17 S. 685; O.-L.-G. Köln 7. Okt. 1885, rhein. Arch. Bd. 76 I. S. 53 ff., bes. S. 56.

[5]) So Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 226; v. Sarwey S. 378; v. Wilmowski S. 208 Nr. 5 und zahlreiche O.-L.-G. V. Hans. Gerichtsz. 1883 (Beibl.) S. 233; rhein. Arch. Bd. 73 I. S. 111, 113, Bd. 75 II. S. 59; Puchelts Z. Bd. 16 S. 281 ff., bes. S. 286; Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 277 und S. 280; Frankf. Rundschau 1885 S. 69. A. M. Stieglitz S. 280, 281; Cretschmar im Arch. f. c. Pr. Bd. 64 S. 314 ff., 327 ff., bes. S. 331, 341.

unterliess; denn nach § 710 C.-P.-O. ist ein solcher Widerspruch ohne rechtliche Bedeutung, der Verpächter kann sonach auf Grund seines Absonderungsrechtes die Pfändung nicht verhindern, sondern nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen. Die Ansicht von Cretschmar, dass der Verpächter der Pfändung mit Erfolg widersprechen könne, weil die eingebrachten Sachen sich in seinem Besitze bezw. Gewahrsam befänden, sonach die Voraussetzung des § 690 C.-P.-O. vorliege, ist nicht zutreffend, denn der Verpächter befindet sich, solange er nicht von seinem Zurückbehaltungsrechte oder besser Besitzergreifungsrechte thatsächlichen Gebrauch gemacht hat, nicht im Sinne des § 710 C.-P.-O. im Besitze der eingebrachten Sachen, wenn er auch in manchen Beziehungen so behandelt wird, als ob er sie besässe. Noch weniger befinden sich die eingebrachten Sachen in seinem Gewahrsam. Diesen kann er sich vielmehr erst durch die Ausübung seines Zurückbehaltungsrechtes verschaffen, welche voraussetzt, dass sein Befriedigungsrecht gefährdet ist. Er kann sich der Pfändung der eingebrachten Sachen, durch welche sein Anspruch auf Befriedigung aus deren Erlös nicht ausgeschlossen wird, ebensowenig widersetzen, wie der Veräusserung derselben durch den K.-V.[1]) Auch die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher oder den K.-V. (§ 117) schliesst die Geltendmachung des Absonderungsrechtes nicht aus. An die Stelle des Absonderungsgegenstandes tritt im Falle der Zwangsveräusserung der Anspruch auf den Erlös. Durch § 720 C.-P.-O. wird daran nichts geändert, da hiernach die Empfangnahme lediglich als Zahlung „gilt“, und die Vorschrift nur das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, nicht dasjenige unter den verschiedenen Gläubigern regelt.[2]) Sind die eingebrachten Sachen oder Früchte schon vor der K.-E. vom Grundstücke entfernt worden, so steht dem Verpächter, da das in § 41 vorausgesetzte thatsächliche Verhältnis nicht vorhanden ist, ein Absonderungsrecht nicht zu,[3]) gleichviel ob die Wegschaffung öffentlich und ohne Gewalt oder ob sie heimlich oder gewaltsam erfolgte.[4]) Werden die Früchte auf ein Grundstück verbracht, das zwar im Zusammenhange mit demjenigen Grundstücke bewirtschaftet wird, auf welchem die Früchte geerntet wurden, das aber dem Verpächter nicht gehört, so geht das Absonderungsrecht gleichfalls verloren. Die Früchte befanden sich dann nicht auf dem verpachteten Grundstücke.[5])

Ob der Verpächter berechtigt ist, die gegen seinen Willen (heimlich oder mit Gewalt) fortgeschafften Gegenstände wieder zurückbringen zu lassen und dadurch sein Absonderungsrecht zu wahren, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Frage zu bejahen.[6]) Das rhein. Recht (Art. 2102 C. c.) bewilligt dem Vermieter bezüglich der ohne Zustimmung aus dem Hause gebrachten beweglichen Sachen eine „revendication“. Diese Vorschrift ist durch die Ausf.-Ges. für Bayern (Art 200), Hessen (Art. 102), Baden (§ 21) und Els.-Lothr. (§ 22) aufrechterhalten bezw. wiederholt worden. Sie hat aber auch für Rheinpreussen Geltung behalten, weil sie nicht als konkursrechtliche

[1]) V. die angeführten Schriftsteller und Urteile, die Komm. zu § 710 C.-P.-O., ferner: Arnold, Mietwesen S. 174; Bunsen, gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrecht S. 13; R.-G. (V.) 9. Mai 1885, Entsch. Bd. 13 S. 253 ff., bes. S. 257; R.-G. 8. Mai und 23. Nov. 1880, Entsch. in Strafs. Bd. 1 S. 429 ff., Bd. 3 S. 58 ff.; bad. Ann. Bd. 54 S. 79.

[2]) R.-G. (V.) 29. Okt. 1881, Annalen Bd. 4 S. 512 ff.; O.-L.-G. Köln 10. April 1881 und 17. Jan. 1885, rhein. Arch. Bd. 73 II. S. 8, Bd. 75 II. S. 59; O.-L.-G. Hamburg 27. Febr. 1883, Kiel 18. Sept. 1884 und Celle 23. Dez. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 126 ff., Bd. 40 S. 278 ff. A. M. Scherer in Puchelts Z. Bd. 17 S. 690 ff., bes. S. 692.

[3]) R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, Jur. Woch. 1883 S. 51; O.-L.-G. Celle 23. Dez. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 279, 280.

[4]) R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 99; Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 3; Cretschmar, Arch. f. c. Pr. Bd. 64 S. 310 Anm. 2; Dernburg Bd. 1 § 364 Anm. 9; Eccius Bd. 2 § 136 Anm. 23; Endemann S. 405; Gösch in der meckl. Z. Bd. 3 S. 114 ff.; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 606 und die Kommentare.

[5]) Voss in Buschs Z. Bd. 12 S. 229 ff.

[6]) V. die in Anm. 4 angeführten Schriftsteller.

Bestimmung anzusehen und nicht durch eine andere Vorschrift aufgehoben worden ist.[1]) Die Klage auf Rückgabe der weggeschafften Sachen braucht nicht gegen den Mieter und den Dritten erhoben zu werden. Vielmehr ist sie lediglich gegen den Besitzer zu richten, welchem allerdings nachgewiesen werden muss, dass das gesetzliche Pfandrecht, insbesondere auch eine Mietforderung besteht.[2]) Eine rechtskräftige Feststellung dieser Forderung gegenüber dem Mieter ist nicht Voraussetzung der Klage auf Rückgabe der Sachen. Ist die weggebrachte Sache nach Erhebung der Klage untergegangen, so wird der Verpächter von dem früheren Besitzer Entschädigung fordern können. Hat der Käufer die Sache nach der Klage veräussert, so kommt § 236 C.-P.-O. zur Anwendung. Das ergehende Urteil ist gegen den Rechtsnachfolger vollstreckbar. Der Verpächter kann aber nicht statt der Sache selbst den Kaufpreis fordern.[3]) Ist infolge der Klage gegen den Dritten der frühere Zustand wieder hergestellt worden, so tritt das Absonderungsrecht des Verpächters bezw. Vermieters wieder in Kraft. Die zurückgebrachten Gegenstände sind als „eingebrachte Sachen" im Sinne des § 41 Z. 2 und 4 anzusehen.[4])

Auch in Ansehung der Frage, ob und mit welchen Mitteln der Verpächter die Wegschaffung der eingebrachten Sachen und Früchte vom Pachtgrundstücke verhindern kann, kommen die landesrechtlichen Vorschriften in Betracht, da das Reichsrecht besondere Mittel zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes, insbesondere ein Zurückbehaltungs- oder Einschliessungsrecht nicht gewährt (Bem. I. 1). Durch Arrest kann der Verpächter seinen Zweck in der Regel nicht erreichen, weil durch Verbringung der Sachen auf ein anderes Grundstück die Zwangsvollstreckung an sich nicht vereitelt oder erschwert wird, also der Arrestgrund fehlt.[5]) Nur dann ist der Arrest das geeignete Mittel, wenn durch die Art und Weise der beabsichtigten Wegschaffung eine Pfändung unmöglich gemacht oder erschwert würde. Was die einstweilige Verfügung anbelangt, so trifft § 814 C.-P.-O. nicht zu, weil die eingebrachten Sachen nicht einen Streitgegenstand im Sinne dieser Vorschrift bilden;[6]) Dagegen kann § 819 zur Anwendung kommen, sofern nach Landesrecht ein Zurückbehaltungsrecht besteht. Wo das Landesrecht ein Zurückbehaltungsrecht nicht anerkennt, sondern lediglich § 41 K.-O. zur Anwendung kommt,[7]) wird der Verpächter die Wegschaffung der eingebrachten Sachen durch einstweilige Verfügung nicht verhindern können. Ob ein Vertrag zwischen Pächter und Verpächter, durch welchen dem letztern ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird, bindend ist, und dem Pächter entgegengehalten werden kann, wenn dieser sich die Ausübung des eingeräumten Rechtes bei dem Abzuge nicht gefallen lassen will, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte.[8]) Soweit diesem Rechte ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt bekannt ist, kann ein solches durch Vertrag in derselben Weise bestellt werden, wie ein Pfandrecht an beweglichen Sachen. Art. 819 C. de pr. c., nach welchem der Verpächter die eingebrachten bezw. weggebrachten Sachen mit Beschlag belegen kann, ist, soweit er nicht durch die Ausf.-Ges. ausdrücklich aufgehoben wurde, in seinem prozessrechtlichen Inhalte durch § 14 E.-G. zur C.-P.-O. insoweit beseitigt, als er die Art und Weise regelt, in welcher die Beschlagnahme angeordnet bezw. ausgeführt werden soll. An Stelle der „saisie-gagerie" tritt nun die Pfändung in Wege des Arrestes oder die einstweilige Verfügung. Eine solche Verfügung

[1]) R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 99 ff.

[2]) A. M.: Scherer, Puchelts Z. Bd. 17 S. 686 und rhein. Recht Bd. 1 S. 637, 638.

[3]) O.-L.-G. Colmar 4. Juni 1886, Jur. Z. für E.-L. Bd. 11 S. 372 ff.

[4]) V. S. 223, Anm. 4; ferner Gösch in der meckl. Z. Bd. 3 S. 323, 324.

[5]) Altvater in der meckl. Z. Bd. 3 S. 88; Gösch ebendas. S. 123.

[6]) Altvater und Gösch a. a. O.; Cretschmar im Arch. f. c. Pr. Bd. 64 S. 314.

[7]) Bunsen in der meckl. Z. Bd. 3 S. 215, ges. Pfand- und Zurückbehaltungsr. S. 24 ff.; Gösch a. a. O. S. 326 kommen auf Grund des meckl. Rechtes zu verschiedenem Ergebnisse.

[8]) Altvater und Gösch a. a. O. S. 87 ff., bezw. S. 123 ff., sehen die vertragsmässige Bestellung eines Zurückbehaltungsrechtes als ungerechtfertigte Einräumung einer Selbsthilfe an.

im Sinne des § 16 Z. 4 E.-G. zur C.-P.-O. ist in Art. 819 nicht vorgesehen, da der Verpächter hiernach ohne richterliche Verfügung die weggebrachten Sachen nach vorausgegangenem Zahlbefehl mit Arrest belegen kann und nur für die Beschlagnahme eine richterliche Ermächtigung gefordert wird.[1]) Da Art. 2102 C. c. die Befugnis des Eigentümers zur Beschlagnahme gleichfalls anerkennt und nach rhein. Rechte dem Verpächter ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, kann er übrigens jedenfalls eine einstweilige Verfügung erwirken.

3. Absonderungsrecht des Pächters in Ansehung des Inventars. (Z. 3.)

Falls über das Vermögen des Verpächters das Kv. eröffnet ist und das vorhandene Inventar als dessen Eigentum zur Masse gehört, steht dem Pächter an den in seinem Gewahrsam befindlichen Inventargegenständen wegen der Forderungen hiefür ein Absonderungsrecht zu. Die Vorschrift ist für jene Rechtsgebiete von Bedeutung, in welchen, wie z. B. nach preuss. A. L.-G. das Inventar als eine Sachgesamtheit gilt, welche ungeachtet der mit ihr vorgekommenen Veränderungen Eigentum des Verpächters bleibt, solange nicht das Gegenteil ausbedungen worden ist. Wo solche Verhältnisse bestehen, muss bei Rückgewähr des verpachteten Gutes zwischen dem Verpächter und dem Pächter eine Auseinandersetzung stattfinden, auf Grund deren dem letztern ein Anspruch auf Herausgabe derjenigen Stücke, um welche das Inventar vermehrt worden ist, oder auf Entschädigung wegen erfolgter Verbesserungen zustehen kann. Da es sich bei dieser Auseinandersetzung nicht, wie bei Aufstellung der pr. K.-O. (§ 36 Abs. 2) angenommen wurde, um Teilung einer gemeinsamen Sache, sondern um Befriedigung gegenseitiger Ansprüche aus dem Pachtverhältnisse handelt, wurde dem Pächter das erwähnte Absonderungsrecht eingeräumt. Dieses kann nur für die auf das Inventar bezüglichen, nicht auch wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse in Anspruch genommen werden. Wird das Inventar, weil es als Zubehör der unbeweglichen Sache erscheint, auch durch eine Hypothek ergriffen, so wird es in der Regel dem Absonderungsrechte des Pächters nicht unterliegen, weil dieses sich nur auf bewegliche Gegenstände, nicht auf Bestandteile einer unbeweglichen Sache erstreckt (Bem. I. 1 a. E. zu § 41 S. 217). Ist das Inventar erst bei Gelegenheit der Hypothekbestellung als Zubehör erklärt worden und steht diese Erklärung dem Pächter nach dem bürgerlichen Rechte nicht im Wege, so wird die Entstehungszeit der Forderung des Pächters über das Rangverhältnis zwischen Hypothek und Absonderungsrecht entscheiden. Die Hypothek braucht nicht notwendig älter zu sein, als das Absonderungsrecht, denn wenn das Inventar zur Zeit der Hypothekbestellung schon den Umfang hatte, welcher die Forderung des Pächters und dessen Absonderungsrecht rechtfertigt, war das Recht auf (eventuelle) abgesonderte Befriedigung schon vor der Hypothek begründet. Der Verpächter hat, wenn das Inventar sein Eigentum ist, im Konkurs des Pächters ein Aussonderungsrecht und kann, wenn dem Pächter das Eigentum am Inventar zusteht, wegen seiner Forderung aus der Auseinandersetzung das in Z. 2 vorgesehene Absonderungsrecht geltend machen.

4. Absonderungsrecht des Vermieters. (Z. 4.)

Aus dem Wortlaute der Vorschrift, in der vorausgesetzt wird, dass gewisse Sachen von dem Mieter auf das gemietete Grundstück gebracht worden sind, ergiebt sich klar, dass sie sich nur auf solche Mietverhältnisse bezieht, bei denen die Miete von Häusern oder Teilen von solchen oder von Lagerhäusern, Lagerplätzen, Kellern, Verkaufsräumen (Läden und Gewölben), Gärten u. s. w. in Frage steht. Wo nicht eine solche

[1]) Samml. der in E.-L. gelt. Gesetze Bd. 1 franz. C.-P.-O. Anm. 23 S. 484, 485. V. dag. Cretschmar, rhein. Civilr. S. 484; Scherer in Puchelts Z. Bd. 17 S. 537.

Räumlichkeit, sondern eine einzelne bewegliche Sache (z. B. ein Pferd, ein Klavier, ein Anzug) vermietet wurde, steht, wenn der Mieter in Konkurs gerät, dem Vermieter ein Aussonderungsrecht zu. Hat der Gemeinschuldner von einer Person mehrere Räumlichkeiten z. B. eine Wohnung und Geschäftsräume gemietet, ohne dass hierüber getrennte Verträge abgeschlossen wurden, so kann sich der Vermieter wegen seiner Forderung an alle eingebrachten Sachen halten, gleichviel, ob sie sich in der Wohnung oder in den Geschäftsräumen befinden. Liegen dagegen mehrere selbständige Mietverträge vor, so haften für die Forderung aus jedem Vertrag nur diejenigen Sachen, welche auf Grund desselben in die dadurch vermieteten Räumlichkeiten eingebracht worden sind.[1]) Z. 4 enthält im allgemeinen dieselben Vorschriften wie Z. 2. Deshalb ist hier auf die Erl. zu dieser Vorschrift zu verweisen. Soweit der Mietzins in Frage steht, kommt jedoch die Forderung des Vermieters nur insoweit in Betracht, als es sich um das letzte Jahr vor der K.-E. und um die von da an weiterlaufenden Mietzinsen handelt. Auf die Zeit der Fälligkeit kommt in dieser Beziehung nichts an; vielmehr ist lediglich der Tag der K.-E. entscheidend. Von diesem an rückwärts gerechnet ist der Mietzins für ein Jahr durch Absonderungsrecht geschützt. Als „laufender Zins" ist auch hier derjenige Mietzins anzusehen, welcher für die Zeit vom letzten gesetzlichen oder vertragsmässigen Zahlungstermin geschuldet wird (Bem. II. 2a. S. 219). Soweit diese Periode in die Zeit nach der K.-E. fällt, ist der Vermieter, wenn der K.-V. die Miete fortgesetzt hat, zugleich Massegläubiger gemäss § 52 Z. 2 (Bem. II. 2 zu §§ 17 ff. S. 80). Unter den „rückständigen Zinsen" ist derjenige Mietzins zu verstehen, welcher für die Zeit vor dem letzten Verfalltag geschuldet wird. Für diesen rückständigen Zins steht jedoch ein Absonderungsrecht nur insoweit zu, als er für das der K.-E. vorhergehende Jahr geschuldet wird. Im ganzen kann also, soweit es sich um die Zeit vor der K.-E. handelt, nur für den Mietzins eines Jahres abgesonderte Befriedigung verlangt werden. Der für das letzte Jahr geschuldete Mietzins ist hiernach regelmässig, nämlich immer dann, wenn nicht unmittelbar nach dem letzten Verfalltag das Kv. eröffnet worden ist, zum Teil als laufender, zum Teil als rückständiger Zins aufzufassen. Dieser Umstand berechtigt aber nicht dazu, dem Ausdrucke „laufender Zins" hier eine andere Bedeutung beizulegen und nur den für die Zeit nach der K.-E. geschuldeten Mietzins, der regelmässig eine Masseforderung bildet, als „laufenden Zins" zu bezeichnen.[2]) Übrigens kommt der Meinungsverschiedenheit, soweit es sich um das Kv. handelt, eine erhebliche Bedeutung nicht zu. Nach beiden Ansichten kann der Vermieter für den Mietzins eines Jahres von der K.-E. an rückwärts gerechnet abgesonderte Befriedigung fordern. Für die Zeit nach der K.-E. steht ihm aber ein Masseanspruch zu, sofern der K.-V. das Mietverhältnis fortgesetzt hat.

Hat der Gemeinschuldner von dem Vermieter zugleich andere Leistungen, z. B. Verköstigung erhalten, so steht dem letztern für die daraus entspringende Forderung auch dann ein Absonderungsrecht nicht zu, wenn für Kost und Wohnung ein einheitlicher Preis bestimmt worden ist. Es muss dann ermittelt werden, welcher Teil der Vergütung als Mietzins anzusehen ist, da die Art der Preisbestimmung nicht entscheiden kann.[3]) Ist die ausser der Wohnung gewährte Leistung als Nebenleistung aus dem Mietvertrag anzusehen, wie es hinsichtlich der Heizung, Bedienung u. s. w. oft der Fall ist, so erstreckt sich das Absonderungsrecht auf die ganze Forderung.[4]) Zu den „andern Forderungen aus dem Mietver-

[1]) O.-L.-G. Darmstadt 7. Nov. 1884, Puchelts Z. Bd. 16 S. 286.

[2]) Eccius Bd. 2 § 204 Anm. 229; v. Wilmowski S. 209 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. 1 S. 525; Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 1. A. M.: Endemann S. 406; Meves S. 63 lit. d. Ob R.-G. (V.) 9. Mai 1885 (Entsch. Bd. 13 S. 256) für Eccius spricht, ist zweifelfaft.

[3]) Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 1a.; Dernburg Bd. 1 § 364 Anm. 2; v. Sarwey S. 362; Willenbücher S. 87 Nr. 3b. A. M.: v. Völderndorff Bd. 1 S. 526.

[4]) Dernburg a. a. O.

hältnis" gehören die Entschädigungsansprüche wegen dessen vorzeitiger Aufhebung und wegen Verschlechterung des Mietgegenstandes, nicht aber der Anspruch auf eine Vertragsstrafe (Bem. II. 2 a. zu § 41). Ist ein Haus oder eine Wohnung mit der Einrichtung vermietet und dafür ein einheitlicher Preis berechnet worden, so ist dieser als Mietzins anzusehen, denn der Preis wird hier wie bei einzelnen Zimmern für den durch die Einrichtung bewohnbar gemachten Raum bezahlt. Auch die Ersatzansprüche wegen Beschädigung der Einrichtung gelten dann als Forderungen aus dem Mietverhältnis.[1])

5. *Absonderungsrecht der Z. 5—7.*

a. Allgemeine Bemerkungen.

Ob das Zurückbehaltungsrecht auch im Kv. anzuerkennen und dem Pfandrechte gleichzustellen sei, war im gemeinen Rechte streitig; das rhein. Recht hat die Frage grundsätzlich bejaht, in Art. 2082 C. c. aber den Grundsatz erheblich beschränkt. Nach der pr. K.-O. (§ 33) konnte das Zurückbehaltungsrecht der Masse gegenüber grundsätzlich nicht geltend gemacht werden, wurde aber in einzelnen Fällen berücksichtigt. Dieser Grundsatz hat auch in der K.-O. Anerkennung gefunden (M. S. 212 ff.). Ein in der Reichstagskommission gestellter Antrag, allen Personen „denen nach den Landesgesetzen ein Zurückbehaltungsrecht an gewissen Gegenständen zusteht", ein Absonderungsrecht einzuräumen, wurde hier abgelehnt (K. S. 40, 41). Bei Beratung des E.-G. (§ 5) wurde gleichfalls ohne Erfolg vorgeschlagen, diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht zu erhalten, „welche in einem weiteren Umfange als § 41 der K.-O. ein Zurückbehaltungsrecht zulassen und dem zur Zurückhaltung Berechtigten das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren." Auf Grund eines dem Gemeinschuldner gegenüber zustehenden Zurückbehaltungsrechtes kann hiernach ein Absonderungsrecht unzweifelhaft nur insoweit geltend gemacht werden, als § 41 ein solches zulässt.

b. Absonderungsrecht der Gastwirte. (Z. 5.)

Das Absonderungsrecht des Gastwirtes, (vgl. Art. 2102 Z. 5 C. c. und § 33 Z. 5 der pr. K.-O.) kommt nur dem eigentlichen Gastwirte, der den Gästen zugleich Wohnung gewährt, nicht auch dem Weinwirt, Bierwirt, Kaffeewirt u. s. w. zu.[2]) Der Gastwirt unterscheidet sich, soweit er Wohnungen vermietet, von dem gewöhnlichen Vermieter dadurch, dass er das Vermieten einzelner Räume im grossen betreibt und regelmässig ohne die üblichen Kündigungsfristen vermietet. Das Absonderungsrecht der Z. 5, nicht das der Z. 4, muss aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein einzelner Gast im Gasthof auf längere Zeit gemietet hat, denn der Gastwirt bleibt immer Gastwirt, wenn er auch einmal ausnahmsweise ein Zimmer auf längere Zeit vermietet. Wenn die Dauer der Miete entscheiden sollte, wäre es sehr schwierig zu bestimmen, wann der Mieter aufhört, Gast zu sein. Abgesehen davon ist auch äusserlich nicht zu erkennen, ob das eine oder andere Verhältnis besteht. Die äusserlich erkennbare Eigenschaft der Forderung ist aber für das Absonderungsrecht von entscheidender Bedeutung (Vorbem. 2 zu § 39 ff. S. 207).[3]) Wenn jemand nicht als Angehöriger oder Bediensteter des Wirtes im Gasthofe wohnt, ist nach aussen hin für jedermann die Annahme gerechtfertigt, dass er sich als Gast darin aufhalte. Der Inhaber einer Pension oder eines sogen. „Hôtel garni" ist als Gastwirt, nicht als Vermieter

[1]) Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 608; v. Völderndorff Bd. 1 S. 526, Bem. zu 4 lit. c; v. Wilmowski S. 210 Nr. 7 a.

[2]) Endemann S. 407; Fitting § 19 Anm. 30; Kohler S. 162; v. Wilmowski S. 211 Nr. 8. A. M.: Meves S. 64; v. Sarwey S. 379 Nr. 14; Stieglitz S. 291; v. Völderndorff Bd. 1 S. 527; Willenbücher S. 89 Nr. 7 a.

[3]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 527 Anm. 80. A. M. v. Wilmowski S. 211 Nr. 8.

zu behandeln, da er das Vermieten von Wohnungen ganz ebenso betreibt, wie der Besitzer eines Gasthofes.[1]) Das Absonderungsrecht steht dem Gastwirte nur wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirtung, nicht wegen sonstiger Ansprüche zu. Forderungen wegen Beschädigungen der benutzten Räumlichkeiten oder Gegenstände sind aber als „Forderungen für Wohnung und Bewirtung" anzusehen.[2]) Wegen der Vorschüsse, die er dem Gaste gemacht hat, kann der Wirt die Vorschrift des § nicht anrufen (M. S. 212). Das Wort „Bewirtung" ist übrigens nicht bloss auf die eigentliche Verzehrung zu beschränken, sondern in einem weitern Sinne zu fassen, nach welchem alles, was gewöhnlich im Gasthofe entnommen und auf die Rechnung gesetzt wird, (z. B. Omnibus, Gasthofwagen, Lichter, Bäder u. s. w. hierher gehört.[3]) Das Absonderungsrecht bleibt nur solange in Kraft, als die eingebrachten Sachen zurückgehalten werden, erlischt also, wenn der Gastwirt gestattet, dass diese Sachen aus seinen Räumlichkeiten entfernt werden, und sich dadurch der Möglichkeit begiebt, sich ihrer zu bemächtigen. Dass der Gastwirt von den Sachen in besonderer Weise Besitz ergriffen hat, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass sie in sein Haus „eingebracht" wurden und dort verblieben sind (Bem. II. 2d).[4])

Bezüglich der Frage, ob sich das Absonderungsrecht auch auf Sachen bezieht, die nicht dem Gaste, sondern einem Dritten gehören, vgl. Bem. II. 2c. Die Vorschrift der pr. K.-O. nach welcher das Absonderungsrecht sich auch auf diejenigen Gegenstände erstreckte, welche der Gast ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt ist, wurde absichtlich nicht in die K.-O. aufgenommen (Bem. II. 2 c). Wenn ein Gast mit seinen Angehörigen eingekehrt ist, kann der Gastwirt wegen der Forderung für Wohnung und Bewirtung dieser Personen auch die von den Angehörigen eingebrachten Sachen zurückhalten, da diese Personen Gäste sind, die von ihnen eingebrachten Sachen sonach dem Gastwirte haften.[5]) Dagegen wird er sich wegen der Forderung gegen den Dienstherrn nicht an die Sachen des Dienstboten halten können, denn gegen diesen steht ihm eine Forderung nicht zu.

c. Absonderungsrecht von Künstlern, Werkmeistern u. s. w. (Z. 6.)

Das Absonderungsrecht der Z. 6 kann nur für solche Forderungen in Anspruch genommen werden, welche „für Arbeit und Auslagen in Ansehung der angefertigten oder ausgebesserten Sachen" entstanden sind, nicht für andere infolge der Bestellung etwa gehabte Kosten (M. S. 214.) Dieses Absonderungsrecht wird in der Regel von selbständigen Meistern im Konkurs des Bestellers geltend gemacht werden; es steht aber auch den Arbeitern zu, welchen der Meister die Anfertigung oder Ausbesserung einer Sache übertragen hat und in deren Gewahrsam sich diese befindet. Hierbei kommt nichts darauf an, ob die Arbeit durch Stücklohn oder Taglohn bezahlt wird; das Absonderungsrecht kann aber nur bezüglich des Arbeitslohnes in Ansehung der im Gewahrsam des Arbeiters befindlichen Sache geltend gemacht werden. Da sich die §§ 40 und 41 nur auf bewegliche Sachen beziehen, kann ein Werkmeister, der auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners Bauten vorgenommen hat, nicht auf Grund der Z. 6, sondern nur auf Grund des § 39 ein Absonderungsrecht beanspruchen. Das Wort „Künstlern", das in § 33 pr. K.-O. fehlte, lässt erkennen, dass nicht bloss solche Arbeiten, welche dem Bereiche des Handwerkes angehören,

[1]) Endemann S. 407; v. Völderndorff Bd. 1 S. 527; v. Wilmowski S. 211 Nr. 8.

[2]) v. Wilmowski a. a. O. A. M.: v. Sarwey S. 379 Nr. 14 und Stieglitz S. 291 Nr. V. 1.

[3]) Endemann S. 407; Stieglitz S. 291 Nr. V.; Willenbücher S. 89 Nr. 7b.; v. Wilmowski S. 211 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. 1 S. 528, der das Absonderungsrecht auch auf kleinere Auslagen ausdehnt.

[4]) R.-G. (II.) 14. Nov. 1879, Entsch. Bd. 1 S. 83 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 529; v. Wilmowski S. 211 Nr. 8; Willenbücher S. 89 Nr. 7c. A. M. Endemann S. 408; v. Sarwey S. 380 Nr. 16; Scherer, rhein. Recht Bd. 1 S. 581; Stieglitz S. 291 Nr. V. 2.

[5]) Endemann S. 407, 408; v. Völderndorff Bd. 1 S. 530.

geschützt sind. Das Absonderungsrecht ist durch fortdauernden Gewahrsam bedingt. Es kann deshalb, wenn mehrere Forderungsberechtigte vorhanden sind, nur von demjenigen Künstler, Handwerker u. s. w. beansprucht werden, welcher den zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstand in seinem Gewahrsam hat.

d. Verwendungen zum Nutzen einer Sache. (Z. 7.)

Das in Z. 7 geregelte Absonderungsrecht wirkt nur insoweit, als bei der Abforderung der Vorteil noch vorhanden war. Diese Beschränkung erklärt sich aus dem Grunde, der für die Anerkennung des Absonderungsrechtes bestimmend war. Da infolge der Herausgabe einer Sache an den K.-V. der sich aus der Verwendung ergebende Vorteil der Masse zu gut kommt, soll der K.-V., falls er dem Besitzer die Sache abfordert, zugleich den aufgewendeten Betrag insoweit vergüten, als der Masse aus der Verwendung ein Vorteil erwächst. Soweit ein solcher Vorteil bei der Abforderung nicht mehr vorhanden war, fehlt aber der Grund für das Absonderungsrecht. Dass dem Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist nicht erforderlich.[1]) Durch die K.-O. wird auch nicht eine Forderung wegen der Verwendung begründet, sondern vorausgesetzt, dass eine solche nach dem bürgerlichen Recht besteht. Es können sich hiernach bezüglich der Fragen, ob auch der unredliche Besitzer Ersatz verlangen kann und ob bloss notwendige oder auch nützliche Verwendungen zu ersetzen sind, Verschiedenheiten herausstellen.[2])

6. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte auf Grund des Handelsgesetzbuches (Z. 8.)

Durch Z. 8 wird dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte (Art. 313—315 H.-G.-B.) und den gesetzlichen Pfandrechten, welche das H.-G.-B. gewährt, im Kv. ausdrücklich Geltung verschafft. Nach § 4 E.-G. wären zwar die Bestimmungen des H-.G.-B. ohnedies in Kraft geblieben. Durch § 41 wird aber ausserdem festgestellt, dass die betr. Gläubiger den Faustpfandgläubigern gleichstehen. Der im Wesen von Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht begründete Unterschied wird dadurch nicht aufgehoben[3]) Auch in Ansehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes steht und fällt das Absonderungsrecht hier mit dem Besitze, der den Anspruch auf Befriedigung durch die Sache erzeugt. Der Gläubiger muss hiernach die Sache bei K.-E. noch im Gewahrsam gehabt haben, wenn ihm ein Absonderungsrecht daran zustehen soll. In Ansehung des H.-G.-B. kommen in Betracht: das Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgute und sein Absonderungsrecht an den als Forderungen des Kommittenten geltenden Kommissionsforderungen (Art. 368 Abs. 2 u. Art. 374 Abs. 1 u. 2); das Pfandrecht der Spediteure und Frachtführer an dem Frachtgute (Art. 382, 409, 410); dasjenige der Verfrachter im Seehandel gegenüber dem Empfänger (Art. 624, 626, 615), dem Befrachter (Art. 629) und den Reisenden (Art. 675); die Pfandrechte der Vergütungsberechtigten bei grosser Haverei (Art. 727) und die der Gläubiger wegen Bergungs- und Hilfskosten (Art. 753); die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger (Art. 757 ff); ferner das Pfandrecht des Versicherungsnehmers an der Police und an der Forderung des Versicherten gegen den Versicherer (Art. 893). Ausser diesen Bestimmungen kommt noch in Betracht die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 20 und 21.

Das Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbriefe gewährt nach preuss. Recht kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Grundschuld. Mit dessen Besitz

[1]) Endemann S. 409; v. Sarwey S. 383; v. Völderndorff Bd. 1 S. 535 lit. c.; v. Wilmowski S. 212 Nr. 10. A. M. Stieglitz S. 296 Nr. VIII.

[2]) v. Sarwey S. 385, 386 Nr. 22; Stieglitz S. 296 Nr. VIII.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 534, 535.

[3]) R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 80 ff.

ist nicht ohne weiteres ein Recht auf die Grundschuld selbst gegeben. Vielmehr bedarf es, wenn der Brief auf den Namen des Eigentümers lautet, eines Rechtsgeschäftes, um dem Besitzer des Grundschuldbriefes ein Recht auf die Grundschuld selbst zu verschaffen.[1])

7. *Absonderungsrecht zufolge eines Pfändungspfandrechtes. (Z. 9).*

Das in Z. 9 gewährte Absonderungsrecht erstreckt sich auf jedes durch eine Pfändung erworbene Pfandrecht, also nicht bloss auf dasjenige, welches auf einer Vollstreckungspfändung (§ 709 C.-P.-O.) beruht, sondern auch auf das nach § 810 C.-P.-O. begründete Arrestpfand (M. S. 215, K. S. 150).[2]) Dieselbe Bedeutung muss einer im Verwaltungswege erfolgenden Pfändung zukommen, wenn das Landesrecht ihr die gleiche Wirkung beilegt wie einer auf Grund der C.-P.-O. vorgenommenen Pfändung. Das Absonderungsrecht des § 41 Z. 9 findet in allen Fällen statt, in welchen ein Pfändungspfandrecht besteht, gleichviel ob der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Gegenstände in Besitz genommen oder sie im Gewahrsam des Schuldners belassen hat. Für die letzteren Fälle hat es sogar besondere Bedeutung. Wenn der Gerichtsvollzieher die Sachen in Besitz genommen hat, würde wohl § 40 genügen, da jener den Pfandbesitz nur für den beauftragenden Gläubiger ausüben kann.[3]) Wenn die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen wurden, ist die Wirksamkeit der Pfändung und des Absonderungsrechtes dadurch bedingt, dass die erstere durch Anlegung von Siegeln oder in sonstiger Weise ersichtlich gemacht wurde (§ 712 C.-P.-O. Abs. 2). Ob die Pfändung ihre Wirksamkeit einbüsst und sonach auch das Pfändungspfandrecht erlischt, wenn die Siegel u. s. w. vom Schuldner oder von einem Dritten entfernt werden, oder im Laufe der Zeit ihre Erkennbarkeit verlieren, ist in hohem Grade bestritten und zweifelhaft. Die für die Bejahung sprechenden Gründe verdienen aber den Vorzug, weil ein Pfandrecht nur insoweit Geltung haben soll, als es auch für Dritte erkennbar ist. Die Erkennbarkeit, welche als besonders wichtig erscheint für die Frage, ob eine neue Pfändung zulässig ist oder eine Anschlusspfändung zu erfolgen hat, muss schon nach der C.-P.-O. verlangt werden. Abgesehen davon wird aber auch nach dem bürgerlichen Rechte regelmässig anzunehmen sein, dass das Pfändungspfandrecht erlischt, wenn nicht mehr ersichtlich ist, dass eine Pfändung stattgefunden hat. Die Unterscheidung, je nachdem das Pfändungspfandrecht im Kv. oder ausserhalb desselben geltend gemacht wird, ist unhaltbar.[4])

Die Entstehungszeit des Pfändungspfandrechtes ist gleichgültig. Nach § 11 E.-G. finden die Bestimmungen der K.-O. über die abgesonderte Befriedigung in allen nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Kv. statt, gleichviel ob das Pfandrecht vor oder nach diesem Tage erworben wurde. Eine vor dem 1. Oktober 1879 bewirkte Pfändung einer Forderung begründet daher auch dort in dem später eröffneten Kv. ein Absonderungsrecht, wo, wie

[1]) R.-G. (III.) 22. Jan. 1886, Entsch. Bd. 15 S. 55 ff., bes. S. 59.

[2]) Dernburg Bd. 1 § 146 Anm. 11, § 364a.; Endemann S. 411; Fitting S. 179 und die Kommentare. A. M. Meves S. 65.

[3]) Kahn im Arch. f. c. Pr. Bd. 70 S. 431 ff., bes. S. 434.

[4]) So Brettner in der Jur. Woch. 1884 S. 221 ff., David in Puchelts Z. Bd. 21 S. 500 ff.; Dernburg Bd. 1 § 364a S. 942, Harries in den Thür. Bl. Bd. 37 S. 34 ff. u. in der Z. f. Gerichtsv. Bd. 4 S. 49 ff.; Voss ebenda S. 74 ff. u. 81 ff.; Fitting, Civilpr. § 99 Anm. 3; Reincke zu § 712; R.-G. (II. u. III. Strafs.) 21. April 1882 u. 17. Okt. 1887, Entsch. in Strafs. Bd. 6 S. 227, Bd. 16 S. 273; O.-L.-G. Hamburg 8. Nov. 1883, O.-L.-G. Kiel 22. Febr. 1886 u. 7. Jan. 1887, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 372, Bd. 43 S. 110, O.-L.-G. Köln 12. Febr. 1889 u. 14. Juli 1890, rhein. Arch. Bd. 80 II. S. 38 u. Bd. 82 I. S. 8 ff. A. M. Falkmann, Zwangsvollstr. S. 180; Hellmann, Lehrb. S. 860; Kroschel in Buschs Z. Bd. 12 S. 479, der jedoch für das Kv. Erkennbarkeit fordert; v. Mandry S. 346; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 640, L. Seuffert, C.-P.-O. zu § 712 Nr. 3; R.-G. (I. Strafs.) 16. Sept. 1880 u. 25. Okt. 1888, Entsch. in Strafs. Bd. 2 S. 230, Bd. 18 S. 163; O.-L.-G. Karlsruhe 11. Febr. 1884, Buschs Z. Bd. 11 S. 317.

z. B. in Bayern, das Pfändungspfandrecht im Kv. ein Absonderungsrecht nicht gewährte.[1]) Die Pfändung des Anspruches auf Herausgabe einer Sache begründet lediglich ein Pfandrecht an diesem Anspruch, nicht ein solches an der Sache selbst, gewährt also kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dieser Sache (Bem. I. 3 S. 217). Das Pfandrecht am Anspruche berechtigt vielmehr nur zu der abgesonderten Befriedigung aus dem Erlöse dieses Anspruches, falls der K.-V. ihn veräussert hat. Hat ein Gläubiger seinen Schuldner gemäss § 744 C.-P.-O. von einer bevorstehenden Forderungspfändung benachrichtigt, wird aber dann das Kv. eröffnet, ehe die Pfändung bewirkt werden kann, so ist ein Absonderungsrecht nicht begründet. Die Benachrichtigung hat nach § 744 nur insofern die Wirkung eines Arrestes, als die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Eine solche Pfändung ist aber durch die K.-E. unmöglich geworden (Bem. zu § 11). Der Fall liegt hier anders als bei § 806 C.-P.-O., da die Wirkung des Arrestes aufschiebend bedingt ist. Auch wenn angenommen wird, nach § 744 trete die Wirkung des Arrestes sofort ein und werde nur nachträglich wieder aufgehoben, wenn es nicht zur Pfändung komme, ergiebt sich aber aus dem Unterbleiben dieser Pfändung infolge der K.-E., dass die Benachrichtigung ihre Wirkung verliert. Die K.-E. selbst ist nicht Pfändung im Sinne der C.-P.-O., kann daher die nachträgliche Pfändung nicht ersetzen. Ebensowenig kann der auf Grund des § 108 erlassene „offene Arrest“ als Pfändung gelten.[2])

Ein in der Reichstagskommission gestellter Antrag, das Absonderungsrecht der Z. 9 auch auf das Pfandrecht auszudehnen, welches durch eine zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erworben werde, wurde zurückgezogen, weil § 709 C.-P.-O. die Frage offen liess.

§ 42.

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntnis des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, dass dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, dass der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

(E. § 42; M. S. 220; 221; K. S. 45).

1) Die Ausschliessung der in den vorstehenden §§ nicht anerkannten Absonderungsansprüche und die Abgrenzung des Umfangs der geltenden Absonderungsrechte reicht über das Geltungsgebiet der K.-O. nicht mit Sicherheit hinaus. Ein ausserhalb des Deutschen Reiches wohnender Inhaber eines zur Masse gehörigen Gegenstandes kann vielmehr auf Grund des ausländischen Rechtes ein nach der K.-O. unstatthaftes Absonderungsrecht ausüben. Deshalb soll durch § 42 den inländischen K.-Gl. das Mittel genommen werden, die

[1]) v. Völderndorff in Buschs Z. Bd. 2 S. 183 ff.

[2]) Küntzel in Gruchot Bd. 28 S. 279 und das von ihm angeführte Urt. des Kammergerichts, ferner die Komm. zu § 744 C.-P.-O. A. M. nur v. Völderndorff in Buschs Z. Bd. 6 S. 168 ff.

für sie maassgebenden Vorschriften zu umgehen. Der inländische K.-Gl., welcher in der im § angegebenen Weise die K.-O. zu umgehen sucht, wird für den der Masse dadurch entstehenden Schaden verantwortlich gemacht. Ob im Inlande überhaupt kein Absonderungsrecht gewährt werden würde oder ob dieses nur einen geringern Umfang als das ausländische hat, ist einerlei, da in beiden Fällen durch die Geltendmachung des Absonderungsrechtes die Masse vermindert wird. Die Staatsangehörigkeit des Erwerbers ist ebenso gleichgültig wie die des Veräusserers. Auch ist es unerheblich, ob eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache in Frage steht. Durch § 42 wird nicht bloss der ursprüngliche, sondern jeder weitere Veräusserer, bei dem die Voraussetzungen des § vorliegen, betroffen. Dessen Vorschrift wird dann in § 49 auch für die Fälle als anwendbar erklärt, in welchen es sich um eine nach der K.-O. unzulässige Aufrechnung handelt. Bezüglich der vor dem Inkrafttreten der K.-O. abgetretenen oder erworbenen Forderungen enthält § 10 E.-G. eine Übergangsbestimmung.

Die im § vorgesehene Übertragung kann, falls sie unter Inländern geschah, auch nach den §§ 12 und 23 ff. unwirksam oder anfechtbar sein (K. S. 45). Die im Gesetz vorgesehene entsprechende Anwendung des § 26 besteht darin, dass die Klage auf Ersatz des der Masse entgangenen Betrages nicht mehr auf die Kenntnis von der Zahlungseinstellung gestützt werden kann, wenn die Übertragung schon mehr als sechs Monate vor der K.-E. stattgefunden hat. Im übrigen vergl. die Erl. zu § 26, bezüglich der Zeitbestimmung („nach Eröffnung des Konkursverfahrens") aber Bem. I. 4 zu § 6 S. 43 und hinsichtlich des Begriffes „Zahlungseinstellung" Bem. I. 3 zu § 23 S. 113 ff.

2) Bei Berechnung des Betrages, welcher der Masse zu ersetzen ist, muss berücksichtigt werden, dass der Ersatzpflichtige, wenn die Übertragung der Forderung nicht stattgehabt hätte, einen Teil der Forderung aus der Masse erhalten haben würde. Dieser ist sonach nur derjenige Betrag zu ersetzen, welcher im Kv. nicht bezahlt worden wäre. Da sich vor Beendigung des Kv. nicht genau berechnen lässt, welche Dividende sich ergeben wird, der Anspruch aus § 42 aber sofort geltend gemacht werden darf, ist bei Berechnung des Ersatzanspruches der Anspruch auf Dividende nur insoweit zu berücksichtigen, als er zur Zeit der Geltendmachung bereits feststeht. Im übrigen ist dem Schuldner die Geltendmachung einer Masseforderung auf Rückerstattung (§ 52 Z. 3) vorzubehalten.[1]) Die Ausübung des in Frage stehenden Anspruches steht nur dem K.-V. zu, welcher die Masse zu verwalten und die zu ihr gehörigen Forderungen geltend zu machen hat (§. 5). Zur Begründung des Anspruches muss dieser die Vornahme und den Zeitpunkt der Rechtshandlung, sowie die Kenntnis des Erwerbers von dem Eröffnungsantrag oder der Zahlungseinstellung bezw. die Absicht des an eine Mittelsperson Veräussernden nachweisen. In den Mot. (S. 221) wurde bemerkt, wenn mehrere Personen ersatzpflichtig seien, hätten sie als Gesamtschuldner zu haften. Diese Bemerkung trifft aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Wenn die verschiedenen Personen teils als Veräusserer, teils als Mittelspersonen in Anspruch genommen werden, haftet jede für das Ganze, weil sie die Abtretung der ganzen Forderung bewirkt hat. Es kann z. B. sowohl von dem Forderungsinhaber, der seine Forderung einer Mittelsperson übertragen hat, als von dieser Mittelsperson, welche die Forderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Masse gehörigen Gegenstandes abtrat, der ganze der Masse zu erstattende Betrag verlangt werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen der Erstattungspflicht vorliegen. Stand aber die abgetretene Forderung mehreren Personen, z. B. mehreren Miteigentümern der dem Gemeinschuldner verkauften Sache oder mehreren Miterben derart zu, dass sie sich von Rechts wegen unter diese Personen teilte, so kann nicht gegenüber jedem der einzelnen Gläubiger der ganze

[1]) V. insbes. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 243, 244; v. Sarwey S. 393; v. Völderndorff Bd. 1 S. 544 lit. k.; v. Wilmowski S. 216 Nr. 3. Fitting § 19 Anm. 41 nimmt sogar an, der Veräusserer müsse stets den ganzen Betrag bezahlen und abwarten, was er davon zurückerhalte.

Betrag gefordert werden. Vielmehr hat der K.-V., da der Sache nach mehrere Forderungen vorhanden waren und mehrere Übertragungen stattfanden, von den einzelnen Gläubigern nur den Betrag zu fordern, welcher der Masse durch die Veräusserung ihrer Forderung entzogen wurde. Dies gilt auch dann, wenn die Forderungen der nämlichen im Auslande wohnenden Person übertragen worden sind.[1])

§ 43.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlassgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

(E. § 43; M. S. 221 ff.; K. S. 45; pr. K.-O. § 37 und §§ 256—262).

1) Die Anwendung des § setzt voraus, dass eine Erbschaft vom Gemeinschuldner vor der K.-E. nach dem bürgerlichen Recht erworben wurde (Bem. III. 3 zu § 1). Aber auch unter dieser Voraussetzung haben die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nur „soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht." Sowohl der Bestand als der Umfang des Absonderungsrechtes hängt von den Vorschriften des Landesrechtes ab und die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer können sich nicht mehr auf § 43 berufen, wenn der Absonderungsanspruch hiernach durch Zeitablauf oder in anderer Weise erloschen ist. Soweit es sich um das einzuhaltende Verfahren und die Wirkungen desselben handelt, ist lediglich die K.-O. maassgebend und haben die landesrechtlichen Vorschriften ihre Bedeutung verloren.[2]) Das in § 43 eingeräumte Absonderungsrecht ist auf die zur Zeit der K.-E. vorhandenen „Nachlassgegenstände" beschränkt, erstreckt sich also nicht auf solche Sachen und Gegenstände, welche diese Eigenschaft zur Zeit der K.-E. verloren hatten. Welche Gegenstände noch zum Nachlass gehören, ist nach dem Landesrechte zu beurteilen, das auch bezüglich der Frage entscheidet, ob der Kaufpreis für einen veräusserten Nachlassgegenstand an dessen Stelle getreten ist, bezw. dessen Eigenschaft erhalten hat (vergl. sächs. B.-G.-B. § 2341).[3]) Der Absonderungsanspruch ist hier wie überall zugunsten der Forderung als solcher eingeräumt. Ob und wem ein Vermächtnisanspruch zusteht, ist nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte. Dieses Recht ist bezüglich des Inhaltes der letztwilligen Verfügungen maassgebend.[4]) Der Wohnort des Erblassers ist aber in der Regel auch als Sitz der gegen ihn bestehenden Forderungen anzusehen, sonach hinsichtlich der Ansprüche der Nachlassgläubiger entscheidend. Allerdings gehen in letzterer Beziehung die Ansichten auseinander.[5]) Die Frage, ob einem Nachlassgläubiger ein Absonderungsrecht zusteht, ist aber jedenfalls nach dem Rechte zu beurteilen, unter dessen Herrschaft der Nachlass steht.

[1]) Fitting § 19 Nr. III.

[2]) Oertmann in Grünhut Bd. 17 S. 295.

[3]) v. Sarwey S. 394 Nr. 2; Stieglitz S. 309, Willenbücher S. 93 Nr. 3; v. Mandry S. 292. A. M. Endemann S. 380; v. Völderndorff Bd. 1 S. 551 lit. f., welche das Absonderungsrecht schlechterdings auf die in Natur vorhandenen Nachlassgegenstände beschränken. Hinsichtlich des rhein. Rechtes vgl. die Art. 878 ff. und 2111 des C. c.

[4]) Windscheid Bd. 1 § 35 Nr. 5; Eccius Bd. 1 S. 64, 65 § 11 Nr. 7.

[5]) Eccius Bd. 1 § 11 Nr. 3b. und c.; Dernburg Bd. 1 § 28 Anm. 2; Windscheid a. a. O.

2) Ein Absonderungsrecht steht nur den Nachlassgläubigern und Vermächtnisnehmern wegen ihrer Ansprüche gegen die dem Gemeinschuldner zugefallene Erbschaftsmasse zu. Dagegen wurde unter Abweichung von § 260 der pr. K.-O. davon abgesehen, auch den Gläubigern des Erben, wie es im preuss. A. L.-R. (I. 16 §§ 507 ff.) und im C. c. (Art. 881) geschehen ist, ein Absonderungsrecht am eigenen Vermögen des Erben zu gewähren und sie so gegen die unbedingte Annahme einer überschuldeten Erbschaft zu sichern. Diese Annahme unterscheidet sich in nichts von andern Handlungen, durch welche jemand ein seine Gläubiger benachteiligendes Rechtsgeschäft eingeht. Da der K.-V. die einmal verlorene Rechtswohlthat nicht mehr erlangen kann, ist er auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes angewiesen (vergl. auch Bem. I. 3 a. E. zu § 22 und Bem. 2 zu § 30).

3) Damit das Absonderungsrecht des § ausgeübt werden kann, braucht eine Überschuldung des Nachlasses nicht vorzuliegen. Auch wird im Falle der Überschuldung nicht eine besondere aus den Nachlassgegenständen bestehende Masse gebildet und ist nicht ein besonderes Verfahren zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger vorgeschrieben, wie es § 259 pr. K.-O. vorgesehen hatte. Die Nachlassgegenstände können zwar aus Zweckmässigkeitsgründen einer getrennten Verwaltung unterworfen werden. Rechtlich bilden sie aber keine Vermögenseinheit, sondern kommen nur als einzelne Sachen in Betracht. Es findet sonach nicht eine völlige Aussonderung der Erbschaft, sondern lediglich eine abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös der einzelnen Nachlassgegenstände statt.[1])

Wenn die Erbschaftsgläubiger, nachdem sie vom Absonderungsrecht Gebrauch gemacht haben, nicht vollständig befriedigt worden sind und ihren Ausfall zur allgemeinen Masse des in Konkurs geratenen Erben anmelden, so müssen sie mit den übrigen K.-Gl. gleichzeitig zum Zuge kommen (§ 57). Aus dem Zweck des § 43 könnte zwar gefolgert werden, dass die Nachlassgläubiger den übrigen K.-Gl. nachstehen, aber das würde der ganzen Anlage des Kv. widersprechen, wonach der Absonderungsberechtigte K.-Gl. bleibt und andere Vorrechte als die des § 54 nicht bestehen. Zwar sagt das römische Recht das Gegenteil,[2]) allein § 43 verweist lediglich für die Voraussetzungen und den Inhalt des Absonderungsrechtes auf die „Bestimmungen der Landesgesetze.“ Hinsichtlich der weiteren Behandlung von Forderungen der Nachlassgläubiger, welche trotz der Absonderung nicht befriedigt wurden, entscheidet lediglich die K.-O. (Bem. 1). Nur bezüglich der Frage, ob der Gemeinschuldner für die Forderung persönlich haftet, ist das bürgerliche Recht maassgebend (vergl. § 57 Bem. 1).[3]) Hatte der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Eröffnung eines besondern Kv. über diesen führen (§ 203). Dieser Konkurs ist aber, obgleich ein anderes Kv. über das Vermögen des Erben neben demselben herläuft, kein blosser Teilkonkurs, sondern ein allgemeiner Konkurs. Auch handelt es sich dann für die Nachlassgläubiger nicht mehr um Geltendmachung eines Absonderungsrechtes. Ergiebt sich nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten noch ein Überschuss aus dem Erlöse der zur Masse gehörigen Nachlassgegenstände, so ist er zur Befriedigung der K.-Gl. zu verwenden.

4) Das Absonderungsrecht des § 43 ist wie alle übrigen Absonderungsrechte dem K.-V. gegenüber geltend zu machen und wird nicht von Amts wegen berücksichtigt (Bem. II. 2 und 3 zu § 3). Das Recht der Ausübung steht jedem einzelnen Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer unabhängig von den übrigen zu. Hiervon abweichende Bestimmungen des Landesrechtes sind aufgehoben. Der das „erbschaftliche Liquidationsverfahren“ betreffende § 15 Z. 3 E.-G. zur C.-P.-O. trifft hier nicht zu. Die Geltendmachung des Absonderungsrechtes gegenüber dem K.-V. ist grundsätzlich verschieden von einem solchen

[1]) Oertmann a. a. O. S. 296.

[2]) l. 3 § 2 D. 42, 6 Windscheid Bd. 3 § 607 Anm. 11 und Text hierzu.

[3]) Bez. des gemeinen Rechtes vgl. einerseits v. Sarwey S. 508, 509, andrerseits Oertmann a. a. O. S. 298 ff.

Liquidationsverfahren. Ausserdem sagt diese Bestimmung nur, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über das Liquidationsverfahren von der C.-P.-O. unberührt bleiben. Deren Verhältnis zur K.-O., welche die Geltendmachung der Absonderungsrechte erschöpfend geordnet hat, wird durch das E.-G. zur C.-P.-O. nicht geregelt. An eine Ausschlussfrist (§ 256 pr. K.-O.) wurde die Ausübung nicht gebunden, weil sich eine solche nur bei Hereinziehung der Absonderungsgläubiger in das Kv. rechtfertigen lasse (M. S. 222). Wenn der Anspruch nicht vor Abschluss der Verteilung geltend gemacht wird, kann er aber verloren gehen (Bem. II. 3 zu § 3 S. 27). Ausserdem laufen die Berechtigten, wenn sie ihr Absonderungsrecht nicht sofort geltend machen, Gefahr, dass die Nachlassgegenstände verschwinden oder sich doch vermindern. Sie haben deshalb auch, abgesehen von der Rücksicht auf landesgesetzliche Fristen (Bem. 1), Veranlassung, ihre Erklärung möglichst früh abzugeben.

5) Eine Verpflichtung zur Geltendmachung des Absonderungsrechtes besteht auch dann nicht, wenn der K.-V. von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch macht. Auch kann dieser sich, ohne die Absonderung der Erbschaft von dem eigentümlichen Vermögen des Erben zu verlangen, auf die Rechtswohlthat des Inventars berufen. In diesem Falle muss er aber den Betrag nachweisen, auf welchen die Haftung der Konkursmasse zu beschränken ist. Entsteht in dieser Beziehung ein Streit, so ist darüber, ebenso wie über die Forderung selbst, in dem nach § 134 herbeizuführenden Urteile zu entscheiden.[1])

§ 44.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen.

(E. § 44; M. S. 223 ff.; K. S. 44 ff.; pr. K.-O. §§ 36 u. 291.)

1) § 44 ergänzt den § 14, nach welchem die Teilung einer Gemeinschaft, in welcher sich der Gemeinschuldner befindet, ausserhalb des Kv. zu erfolgen hat. Ob und inwieweit sich hierbei die Gemeinschafts- oder Gesellschaftsgläubiger mit ihren Ansprüchen beteiligen können, ist nach bürgerlichem Rechte zu entscheiden (M. S. 224). Die Vorschriften, nach welchen den Gläubigern das Recht zusteht, bei der Teilung mitzuwirken, insbesondere Art. 882 C. c., bleiben hiernach unberührt. Der Anteil des Gemeinschuldners dient nicht zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller K.-Gl., vielmehr steht den Teilnehmern wegen ihrer aus dem Gemeinschaftsverhältnis entspringenden persönlichen Forderungen daran ein Absonderungsrecht zu. Auch dieses Absonderungsrecht wird nur auf Antrag berücksichtigt.

2) Die Gebiete, auf welche sich die Anwendung der §§ 14 und 44 erstreckt, decken sich nicht vollständig. Nach beiden Vorschriften ist erforderlich, dass der Gemeinschuldner sich mit dem Dritten in einem Miteigentum, in einer Gesellschaft oder in einer andern Gemeinschaft befindet. Auch § 44 bezieht sich sonach im allgemeinen auf jede Art von vermögensrechtlicher Gemeinschaft, in welcher der Gemeinschuldner zu einem Dritten steht. Immer wird jedoch ein Gemeinschaftsvermögen vorausgesetzt, an welchem sich ein Anteil des Gemeinschuldners ermitteln lässt. Wie § 14 so kommt auch § 44 zur Anwendung, wenn ein Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft in Konkurs geraten ist. Wird über das Vermögen des Aktionärs einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft

[1]) R.-G. (I.) 15. Juni u. 10. Juli 1889, Jur. Woch. S. 344; bes. Beil. z. R.-Anz. S. 477 ff.

auf Aktien der Konkurs eröffnet, so kann dagegen § 44 nicht zur Anwendung kommen, weil hier aus dem Gesellschaftsverhältnisse Forderungen der einzelnen Aktionäre gegeneinander nicht entstehen, die Rechte, welche dem Aktionär am Vermögen der ein selbständiges Rechtssubjekt bildenden Aktiengesellschaft zukommen, aber weder thatsächlich noch rechtlich als Gemeinschaftsrechte anzusehen sind. Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist nicht gemeinschaftliches Vermögen der Aktionäre; es giebt hier nicht Geschäftsanteile wie bei der eingetragenen Genossenschaft. Auch sind diese Ansprüche immer dem Betrage nach ein für allemal bestimmt und nicht erst durch eine Teilung oder Auseinandersetzung zu ermitteln. Dasselbe gilt von der Gewerkschaft, welche ebenfalls ein Absonderungsrecht am Kuxe des Gewerken wegen rückständiger Zubussen nicht geltend machen kann, weil ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne des § 44 hier nicht besteht, bezw. eine Teilung oder Auseinandersetzung, bei welcher dem Gewerken ein erst zu ermittelnder Anteil zufiele, nicht stattfindet.[1]) In Ansehung der stillen Gesellschaft findet zwar nach Art. 215 H.-G.-B. eine Auseinandersetzung statt, auf welche § 14 insofern Anwendung findet, als sie ausserhalb des Kv. erfolgt (Bem. zu § 14). Ein wirkliches Gemeinschaftsverhältnis, wie es in § 44 vorausgesetzt wird, besteht aber zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und dem stillen Gesellschafter nicht. Vielmehr ist der letztere im Verhältnisse zu dem erstern nur als dessen Gläubiger anzusehen. Er kann deshalb, wenn über das Vermögen des Inhabers das Kv. eröffnet wird, wegen seiner Forderungen bezüglich der Einlage ein Absonderungsrecht nicht geltend machen, sondern diese Forderung nur als K.-Gl. anmelden. Inwieweit durch die ehelichen Güterverhältnisse eine Vermögensgemeinschaft im Sinne des § 44 begründet wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Diese Voraussetzung ist bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, bei der auf einen Teil des Vermögens beschränkten Gemeinschaft sowie bei der Errungenschaftsgemeinschaft erfüllt. Durch die sogenannte Gütereinheit oder Verwaltungsgemeinschaft, bei der eine wirkliche Gemeinschaft des Vermögens nicht entsteht, sondern jedem Ehegatten sein Vermögen verbleibt, wird dagegen die Anwendung des § nicht begründet. Bei der teilweisen Gütergemeinschaft muss, da sie auf bestimmte Vermögensteile beschränkt ist, zunächst eine Ausscheidung des zur Gemeinschaft gehörigen Vermögens erfolgen, damit der reine Anteil des Gemeinschuldners (nach § 14) ermittelt wird, der allein in die Masse fliesst. Wenn die Ehefrau, wie es nach württemberg. Rechte der Fall ist, bei Inanspruchnahme ihrer „weiblichen Freiheiten“ auf ihren Anteil an der Errungenschaft verzichtet und ihre Ansprüche auf die Rückforderung des eingebrachten Vermögens sowie auf Ersatz für die nicht mehr vorhandenen Vermögensstücke beschränkt, so kann sie wegen dieser Ersatzforderung abgesonderte Befriedigung aus dem zur Masse gehörigen errungenschaftlichen Vermögen nicht verlangen. Dadurch, dass sie die „weiblichen Freiheiten“ anruft, wird die bisher bestehende teilweise Gütergemeinschaft aufgehoben. Was die Ehefrau zu fordern hat, verlangt sie nicht auf Grund eines Gemeinschaftsverhältnisses, sondern auf Grund ihres Einbringens, dessen Rückgabe ihr gerade dadurch gesichert wird, dass eine Gemeinschaft zufolge ihrer Erklärung nicht besteht. Von einer Teilung und Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten in Ansehung des „errungenschaftlichen Vermögens“ ist nicht die Rede. Vielmehr gehört dieses dem Ehemanne, weil die bisher bestehende Gemeinschaft durch die Erklärung der Ehefrau beseitigt wird: das dem Ehemanne verbleibende Vermögen kann deshalb auch nicht als ein „bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelter Anteil des Gemeinschuldners“ an einem Gemeinschaftsvermögen bezeichnet werden.[2]) Dasselbe muss

[1]) R.-G. (V.) 15. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 274 ff., bes. S. 287.

[2]) R.-G. (III.) 29. Mai 1883, Entsch. Bd. 9 S. 92 ff.; Probst im Württ. Gerichtsbl. Bd. 19 S. 13 ff.; Stieglitz S. 318 Nr. V. 2; v. Wilmowski S. 219. A. M. v. Sarwey S. 417 Nr. 8 und Württ. Arch. Bd. 17 S. 436 ff., Bd. 22 S. 107 ff.; Stahl ebenda Bd. 19 S. 292 ff., 308 ff.; v. Mandry § 28 Anm. 22; O.-L.-G. Stuttgart 12. Okt. 1880, Württ. Arch. Bd. 21 S. 380 ff.

gelten, wenn unter der Herrschaft des rhein. Rechtes von der Ehefrau oder deren Erben nach Auflösung der Gütergemeinschaft in wirksamer Weise auf diese verzichtet und nun das eingebrachte Vermögen vom Ehemanne zurückgefordert oder wegen der nicht mehr vorhandenen Gegenstände Ersatz verlangt wird (Art. 1453—1466 und 1492—1495 C. c.). Auch wegen derartiger Forderungen kann das Absonderungsrecht des § 44 nicht geltend gemacht werden, da durch den Verzicht auf die Gütergemeinschaft das Gemeinschaftsverhältnis beseitigt worden ist. Da eine Teilung oder Auseinandersetzung im Sinne des § 44 nicht stattfindet, kann auch das dem Ehemanne infolge des Verzichtes zugefallene Vermögen nicht als ein „bei der Teilung ermittelter Anteil des Gemeinschuldners“ angesehen werden.[1])

3) Das Absonderungsrecht des § steht nur den Teilhabern an einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft zu. Den Gemeinschaftsgläubigern ist ein besonderes Absonderungsrecht nicht eingeräumt worden. Unter Umständen können sie sich vielleicht auf das durch § 43 aufrechterhaltene Absonderungsrecht stützen. Die Bestimmungen des H.-G.-B (Art. 119, 122, 169) zugunsten der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft wurden durch § 3 E.-G. aufrechterhalten. Der Vorbehalt in Art. 122 H.-G.-B., durch welchen der Landesgesetzgebung die Einräumung weiterer Absonderungsrechte gestattet wurde, hat durch § 4 E.-G. seine Kraft verloren. Zugunsten der Teilhaber greift das Absonderungsrecht überall Platz, wo ein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist, dessen Teilung (nach § 14) ausserhalb des Kv. verlangt werden kann und an welchem dem Gemeinschuldner ein „Anteil“ zusteht. Immer wird jedoch vorausgesetzt, dass die Gemeinschaft zur Zeit der K.-E. noch bestanden hat („befindet“). Wer auf Grund einer schon vor der K.-E. beendigten Auseinandersetzung an den Gemeinschuldner etwas zu fordern hat, kann sich auf § 44 nicht berufen, diese Forderung vielmehr nur als K.-Gl. anmelden.[2]) Der Umstand, dass die Gesellschaft oder Gütergemeinschaft bereits vor der K.-E. aufgehoben worden ist, also für die Zukunft keine Wirkungen mehr äussert, schliesst, selbst wenn die Auseinandersetzung bereits begonnen hat, die Anwendung des § 44 nicht aus. Es besteht dessenungeachtet noch eine vermögensrechtliche Gemeinschaft und hat eine Auseinandersetzung zu erfolgen, bei welcher der Anteil des Gemeinschuldners zu ermitteln ist. Da nur ein Teilhaber gegenüber dem andern das Absonderungsrecht beanspruchen kann, so ist eine Ehefrau bezüglich ihres vom Ehemann in eine offene Handelsgesellschaft eingeworfenen Einbringens nicht in der Lage, im Konkurs über das Vermögen der Handelsgesellschaft die Absonderung zu fordern, sondern kann nur als K.-Gl. auftreten.[3])

4) Durch das Absonderungsrecht sind vor allem diejenigen Ansprüche der einzelnen Teilnehmer geschützt, welche aus deren Verpflichtung entspringen, für die Schulden der Gemeinschaft einzustehen. Der Rechtssatz: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno“ rechtfertigt ohnehin den Anspruch, dass bei der Teilung zunächst die gesamten Gemeinschaftsschulden aus der Masse zu bezahlen sind. Dieses Recht erschien aber nicht als genügend. Nach § 44 steht den Teilhabern auch wegen ihrer eigenen, aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entstandenen, Forderungen, insbesondere wegen ihrer Ansprüche aus Verwendungen, auf Rückgabe eines zu Gemeinschaftszwecken gegebenen Darlehens, sowie auf Schadenersatz wegen pflichtwidrigen Verhaltens ein Absonderungsrecht zu.[4]) Dass nur der reine Anteil (Nettoanteil) des Gemeinschuldners zur abgesonderten Befriedigung dient, ergiebt sich aus

[1]) R.-G. (II.) 20. Juni 1884, Entsch. Bd. 12 S. 336.

[2]) Endemann S. 383; Meves S. 67; v. Sarwey S. 411, 412 Nr. 5, S. 414 Nr. 7; Stieglitz S. 318; Willenbücher S. 95 Abs. 2; v. Wilmowski S. 219, 220 Nr. 2. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 555 lit. d.

[3]) Scherer, rhein. Recht Bd. 2 S. 141, 142.

[4]) Fitting § 19 Anm. 37; v. Sarwey S. 412; Stieglitz S. 314, 315; v. Völderndorff Bd. 1 S. 557, 558; Willenbücher S. 95 Nr. 3.

§ 14, da die Auseinandersetzung ausserhalb des Kv. erfolgt und das Absonderungsrecht sich nur auf den Anteil erstrecken kann, der bei diesem Verfahren ermittelt wird und in die Masse fällt. Dies gilt auch dann, wenn die einzelnen Teilhaber einen bestimmten Bruchteil des gemeinsamen Vermögens zu beanspruchen haben, also der dem Gemeinschuldner zukommende Bruchteil im allgemeinen feststeht. Auch in diesem Falle muss berechnet werden, wie gross der sich hieraus ergebende Anteil ist, da die Höhe des Aktivvermögens mit in Betracht kommt.[1]) Soweit die Teilhaber aus dem Anteil des Gemeinschuldners nicht befriedigt werden, können sie ihre Forderungen als K.-Gl. anmelden (§ 57). Soweit es sich um Ersatzforderungen für stattgehabte Verwendungen handelt, kann das Absonderungsrecht aus § 44 mit dem aus § 41 Z. 7 zusammentreffen. Es kann aber auch dann noch praktische Bedeutung haben, weil es nicht den Gewahrsam voraussetzt und nicht auf den Betrag des noch vorhandenen Vorteils beschränkt ist. Das einem Dritten nach § 41 Z. 7 zustehende Absonderungsrecht geht demjenigen des Miteigentümers vor, weil der Dritte erst, wenn er befriedigt ist, die Sache herauszugeben braucht oder wenigstens die Rückgabe an die Bedingung knüpfen kann, dass er aus dem Erlöse vor den übrigen Gläubigern befriedigt wird (§ 117 Abs. 1).

5) Das Absonderungsrecht dient nur zur Befriedigung solcher Forderungen, welche einem Teilhaber zustehen. Auf Forderungen anderer Personen erstreckt es sich auch dann nicht, wenn deren Ansprüche in dem Gemeinschaftsverhältnisse ihren Grund haben. Der Dritte steht nicht in dem Verhältnisse, das in § 44 vorausgesetzt wird. Der Teilhaber aber kann nicht abgesonderte Befriedigung wegen einer Forderung verlangen, welche nicht ihm, sondern einem Dritten zusteht. Diese Beschränkung ist allerdings im Gesetze selbst nicht ausgesprochen. Aber sie ergiebt sich aus der Natur der Sache.[2]) Haftet ein Teilhaber für die Forderung eines Dritten, so kann er allerdings wegen seiner Rückgriffsforderung abgesonderte Befriedigung verlangen. Aber diese Forderung ist eben seine eigene. Der Dritte, der etwas an die Gesellschaft zu fordern hat, bedarf übrigens auch eines Absonderungsrechtes nicht, da bei der Teilung zunächst für die Bezahlung der Schulden gesorgt werden muss und nur der sich nachher ergebende reine Anteil des Gemeinschuldners in die Masse gelangt (Bem. zu § 14). Nur in diesem Sinne wurde auch in den Mot. (S. 224) auf die Befugnis der Teilhaber verwiesen, bei der Teilung zunächst die Gemeinschaftsschulden zu tilgen. Auf Forderungen einer eingetragenen Genossenschaft gegen den Genossenschafter ist § 44 nicht anwendbar, da zwischen ihr und den einzelnen Genossenschaftern ein Gemeinschaftsverhältnis nicht besteht.[3])

Ob die Forderung des Teilnehmers in dem Miteigentum bezw. dem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnisse oder in andern Verhältnissen ihren Grund hat, wird im einzelnen Falle unschwer zu entscheiden sein. In der Reichstagskommission, in welcher ohne Erfolg eine Beschränkung des § 44 angeregt worden ist, wurde die Frage gestellt, ob das Absonderungsrecht des § stattfinde, wenn ein Gesellschafter dem andern ein Darlehen gebe, um ihm aufzuhelfen, und dadurch die im Konkursfalle eintretende Liquidation zu verhüten. Darauf wurde bemerkt, ob das Darlehen zu Gesellschaftszwecken gegeben sei oder nicht, sei Sache der Auslegung (K. S. 45, 46).

6) Das Absonderungsrecht erfasst den ganzen Anteil des Gemeinschuldners an dem in Frage stehenden Vermögen, gleichviel aus welchen Gegenständen er zusammengesetzt ist.

[1]) V. Dernburg Bd. 2 S. 308 § 117; v. Sarwey S. 414 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. 1 S. 556; Willenbücher S. 95 Nr. II.; v. Wilmowski S. 219; R.-G. (I.) 5. Juli 1890, Entsch. Bd. 26 S. 113. A. M. Stieglitz S. 317 Nr. V., der annimmt, das Absonderungsrecht sei an dem „ideellen Brutto-Anteil“ des Gemeinschuldners geltend zu machen.

[2]) v. Wilmowski S. 220 Nr. 2; Endemann S. 387. A. M. Fitting § 19 Anm. 37; v. Sarwey S. 412 ff. Nr. 6; Willenbücher S. 95 Nr. 3.

[3]) R.-G. (I.) 5. Juli 1890, Entsch. Bd. 26 S. 110 ff., bes. 113 ff.

Je nachdem er aus körperlichen Sachen oder aus Forderungen besteht, kann die Form, in welcher der Absonderungsanspruch geltend zu machen ist, verschieden sein. Besteht der Anteil des Gemeinschuldners in einer Forderung an den Absonderungsberechtigten, so kann trotz des § 48 eine gegenseitige Aufrechnung stattfinden.

Das Absonderungsrecht geht nicht notwendig dadurch verloren, dass der K.-V. vor dessen Geltendmachung die zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstände, z. B. ein im Miteigentum des Gemeinschuldners stehendes Haus oder Grundstück veräussert hat. Durch eine derartige Veräusserung wird, auch wenn sie als rechtswirksam anzusehen ist, die zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Teilhabern bestehende Gemeinschaft und die nach § 14 zu bewirkende Auseinandersetzung nicht ausgeschlossen. Es besteht aber auch das Recht auf abgesonderte Befriedigung fort. Auch dadurch wird das Absonderungsrecht nicht beseitigt, dass der K.-V. den Erlös aus der Veräusserung, soweit er nach seiner Auffassung zur Masse gehört, einzieht. Der Anteil des Gemeinschuldners ist selbst ein Bestandteil der Masse. Dadurch, dass er auch äusserlich mit dieser vereinigt wird, kann eine Beseitigung des Absonderungsrechtes ebensowenig herbeigeführt werden, wie dadurch, dass der K.-V. ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück veräussert und den Erlös an sich nimmt. Erst durch die Verteilung der Masse wird die Geltendmachung des Absonderungsrechtes ausgeschlossen (§§ 141—143, 149 ff.)[1])

§ 45.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

(E. § 45; M. S. 225; K. S. 46; pr. K.-O. § 36 Abs. 2.)

Soweit die stiftungsmässigen Bestandteile von Lehen, Stammgütern oder Familienfideikommissen oder das Einkommen aus solchen überhaupt zur Masse des derzeitigen Besitzers gehören (Bem. I. 3 zu § 1), haben die Lehen-, Stammguts- oder Fideikommiss-Gläubiger einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung daraus, gehen also den Allodial- oder K.-Gl. vor. In welcher Weise diese Befriedigung stattfindet, ist nach den Landesgesetzen zu entscheiden (§ 5 Z. 1 E.-G.). Diese sind insbesondere bezüglich der Frage maassgebend, welche Forderungen zur abgesonderten Befriedigung berechtigen und ob der Gemeinschuldner aus den zur abgesonderten Befriedigung dienenden Vermögensteilen Unterhalt beanspruchen kann.[2]) Da § 45 nicht, wie die §§ 40, 41, 43 und 44, bloss die Befugnis einräumt, abgesonderte Befriedigung zu verlangen, sondern schlechtweg auf die in jeder Richtung maassgebenden Landesgesetze verweist, ist die abgesonderte Befriedigung, sofern dies hier vorgeschrieben ist, von Amts wegen zu bewirken.

[1]) v. Wilmowski S. 221. A. M. v. Sarwey S. 417 Nr. 9; v. Völderndorff Bd. 1 S. 558, 559.
[2]) R.-G. (III.) 1. Juni 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 1302.

Sechster Titel.

Aufrechnung.

(§§ 46—49.)

Vorbemerkungen.

1) Während das Recht der Aufrechnung gewöhnlich auf das Interesse des Schuldners begründet wird (interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere), geht das Gesetz im Anschluss an die pr. K.-O. von der Auffassung aus, dass es sich im Konkurse wesentlich darum handle, die Rechte des Gläubigers und die Frage zu regeln, inwieweit ein K.-Gl., der zugleich Schuldner des Gemeinschuldners sei, sich auf das Kv. einzulassen habe. Es entspricht auch der Natur der Sache, dass die Stellung des Aufrechnenden als eines Gläubigers in den Vordergrund gestellt wurde, denn im Kv. hat die Aufrechnung weniger den Zweck, die Zahlung zu vermeiden, als denjenigen, dem Gläubiger für die Forderung an den Gemeinschuldner eine Deckung zu gewähren. Die Aufrechnung leistet hier denselben Dienst wie ein Absonderungsrecht. Dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse einer zur Masse gehörigen Sache entspricht das Recht, eine Summe, welche an den K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners zu zahlen und an sich zur gemeinschaftlichen Befriedigung der K.-Gl. zu verwenden wäre, statt dessen zur abgesonderten Tilgung der Konkursforderung zu verwenden (M. S. 226).[1]

Daraus erklärt sich zunächst, dass die K.-O. dem Rechte der Aufrechnung die Stelle unmittelbar hinter den Absonderungsrechten anweist. Ferner wird dadurch die Vorschrift begründet, dass ein gültig erworbenes Recht zur Aufrechnung, auch wenn es noch nicht ausgeübt werden darf, im Kv. doch Anspruch auf Deckung gewährt. Hierin liegt eine Erweiterung der Befugnis zur Aufrechnung, welche die K.-O. im Verhältnisse zum allgemeinen bürgerlichen Rechte gewährt (§ 47). Auf dem dargelegten Grundsatze beruhen aber auch die eine Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis enthaltenden §§ 48 u. 49. Die Masse, welche von dem etwaigen sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners abgesondert worden ist, dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der K.-Gl. Wie das Recht auf diese Absonderung und auf ausschliessliche gemeinschaftliche Befriedigung aus der Masse dem nach der K.-E. erfolgenden Erwerbe von Absonderungsrechten einzelner Gläubiger entgegensteht (§§ 11 und 12), so kann auch ein Gläubiger nicht mehr das Recht zur Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Gemeinschuldners und für eine Forderung an denselben erwerben, nachdem jene Bestandteil der Aktivmasse geworden und die letztere Forderung der Passivmasse einverleibt worden ist. Eine Forderung, welche durch die K.-E. die Eigenschaft einer Konkursforderung erhalten hat, behält diese Eigenschaft auch dann, wenn schon vorher einem Schuldner des Gemeinschuldners ein Anspruch auf den Erwerb derselben zustand (M. S. 227, 228).

Da die Aufrechnung nicht voraussetzt, dass die Forderung des aufrechnenden Gläubigers im Kv. angemeldet worden sei, und der aufrechnende Gläubiger seine Befriedigung nicht hier, sondern ausserhalb des Kv. sucht, ist die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht dadurch bedingt, dass die Forderung in diesem Verfahren überhaupt hätte geltend gemacht werden können. Es ist sonach — vorbehaltlich der in § 48 vorgesehenen Beschränkung — auch ein solcher Gläubiger zur Aufrechnung befugt, dessen Forderung durch § 56 Z. 3 und 4 betroffen wird.[2] Dasselbe gilt von natürlichen Verbindlichkeiten, soweit sie sich

[1]) v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation S. 26 ff.

[2]) Endemann S. 198; Fitting § 21 Anm. 3 (anders anscheinend § 8 Anm. 21); v. Mandry S. 387 § 43 Nr. I. 4; Meves S. 69; v. Sarwey S. 431 ff.; Stieglitz S. 333; v. Völderndorff Bd. 1 S. 566; v. Wilmowski S. 225 und 226. A. M. Dernburg Bd. 2 § 120 Anm. 8; Willenbücher S. 98 Nr. 4.

überhaupt nach dem bürgerlichen Rechte zur Aufrechnung eignen. Daraus, dass die Befugnis zur Aufrechnung ähnliche Wirkungen wie das Absonderungsrecht hat, ergiebt sich nicht, dass § 3 der erwähnten Aufrechnung entgegengehalten werden kann; denn die Aufrechnungsbefugnis ist trotzdem nicht als ein eigentümlich geartetes Absonderungsrecht anzusehen, vielmehr besonderen Regeln unterworfen.

2) Soweit der (Bem. 1) dargelegte Standpunkt keinen Einfluss ausübt, belässt es die K.-O. bei dem bürgerlichen Rechte, das namentlich bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung maassgebend ist. Sofern das bürgerliche Recht dies zulässt, kann hiernach die Aufrechnung auch durch condictio indebiti nachgeholt werden, wie es z. B. das gemeine Recht (l. 16 § 1 D. de comp. 16, 2 und l. 30 D. de cond. indebiti 12, 6) gestattet.[1]) Hat der aufrechnende Gläubiger an den Gemeinschuldner vor der K.-E. eine Schuld bezahlt, weil er von der ihm zustehenden Gegenforderung keine Kenntnis hatte, so kann er hiernach, falls das bürgerliche Recht dies gestattet, mit der schon vor der K.-E. begründeten condictio indebiti die Rückgabe des Gezahlten bezw. die Wiederherstellung des durch die Zahlung aufgehobenen Schuldverhältnisses verlangen und seine wiederhergestellte Forderung zur Aufrechnung verwenden. Es liegen dann zwei Tilgungen vor: 1) eine durch Zahlung, 2) eine durch Aufrechnung; die erstere muss rückgängig gemacht werden. Hat der Gläubiger seine Schuld an den K.-V. bezahlt, so kann er, wenn dessenungeachtet die Voraussetzungen der cond. indebiti vorliegen, das Gezahlte immerhin zurückfordern. Auch steht ihm dann eine Masseforderung wegen Bereicherung zu (§ 52 Z. 3). War dagegen die Zahlung vor der K.-E. an den jetzigen Gemeinschuldner erfolgt, so ist der gezahlte Betrag als Gegenstand einer Konkursforderung zurückzuverlangen. Soweit nach dem bürgerlichen Rechte einzelne Forderungen, z. B. Ansprüche auf fortlaufende Unterstützung, aus dem Niederlegungs- oder Verwahrungsvertrag der Aufrechnung überhaupt entzogen sind, ist diese im Kv. gleichfalls ausgeschlossen. Auch gelten die durch die K.-O. angeordneten Erweiterungen und Beschränkungen nur für die Zwecke des Kv. und für dessen Dauer.

3) Bezüglich des zeitlichen Geltungsgebietes der §§ 46—49 vgl. § 10 des E.-G. Gehören die sich gegenüberstehenden Forderungen örtlich verschiedenen Rechtsgebieten an, so ist die Aufrechnung nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sie nach dem bürgerlichen Rechte des Ortes gestattet ist, an welchem die Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, ihren Sitz hat (Bem. 1 zu § 43 S. 233).[2]) Ob auch die andere Forderung zur Aufrechnung geeignet ist, kommt nicht in Betracht, weil der Aufrechnende darauf verzichten kann, aus deren Eigenschaft einen Einwand abzuleiten. Der Schuldner, dessen Forderung zur Aufrechnung geeignet ist, kann aufrechnen, obgleich er dem Gegner die Aufrechnung verwehren könnte.

4) Mit der Aufhebung des Kv. tritt wieder das allgemeine bürgerliche Recht in Kraft. Ausserhalb des Kv. kann sich der Gläubiger auf die ihm für dasselbe (in § 47) gewährten Begünstigungen nicht berufen.[3]) Ebensowenig kann der ehemalige Gemeinschuldner nach Aufhebung des Kv. die dem Gläubiger für die Dauer desselben (in den §§ 48 und 49) auferlegten Beschränkungen geltend machen (M. S. 228). Dass bei einer etwaigen Nachtragsverteilung, welche einen Bestandteil des Kv. bildet, die für dieses Verfahren geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen, ist selbstverständlich. Dagegen kann § 48, der sich nur auf die Aufrechnung „im Konkursverfahren" bezieht, nicht Anwendung finden, wenn ein Gläubiger nach Aufhebung dieses Verfahrens dem Gemein-

1) v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 10 ff.; v. Wilmowski S. 222.

2) v. Völderndorff Bd. 1 S. 565. A. M. v. Bar Bd. 2 S. 584, welcher dem Aufrechnenden auch im Konkurse gestatten will, sich auf das ihm günstigere Recht zu berufen; diese Ansicht ist jedoch mit den für die Aufrechnung im Konkurs geltenden Beschränkungen nicht vereinbar.

3) v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 124, 125. A. M. Schultze S. 80.

schuldner gegenüber eine Aufrechnung vornimmt, zu der er im Kv. nicht berechtigt war, was vorkommen kann, wenn der K.-V. die Schuld des Gläubigers nicht kannte oder für uneinbringlich hielt. Die Schuld hätte allerdings zu einer Nachtragsverteilung Veranlassung geben können. Allein deshalb, weil diese versäumt wurde, kann doch die K.-O. nicht ausserhalb des Kv. angewendet werden.[1]) Über das Kv. hinaus bleiben nur diejenigen Wirkungen desselben in Kraft, welche einem Zwangsvergleich bezüglich solcher Forderungen zukommen, die nach den §§ 48, 49 der Aufrechnung entzogen waren. Diese Forderungen können zwar nachträglich dem Gemeinschuldner gegenüber zur Aufrechnung benutzt werden. Sie dürfen aber, da der über die Dauer des Kv. hinaus wirkende Zwangsvergleich auch sie berührt, nur in demjenigen Betrage geltend gemacht werden, welcher sich nach dem Zwangsvergleiche ergiebt.[2]) Eine durch Aufrechnung erloschene Forderung wird natürlich durch den Zwangsvergleich nicht berührt.

5) Der Gläubiger des Gemeinschuldners kann auf die Befugnis zur Aufrechnung durch einseitige Erklärung oder Vertrag verzichten. Er ist nicht genötigt, die ihm gewährte Vergünstigung auszunützen. Auch erwächst aus seinem Verzichte den übrigen Gläubigern kein Schaden, sondern ein Vorteil. Dagegen können die in den §§ 48 und 49 vorgesehenen Beschränkungen der Aufrechnungsbefugnis, welche im Interesse der K.-Gl. gegeben sind, nicht durch einen zwischen dem aufrechnenden Gläubiger und dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag aufgehoben werden. Eine nach der K.-E. vom Gemeinschuldner getroffene Verfügung ist nach § 6 nichtig. Aber auch ein vorher getroffenes Abkommen kann dem K.-V. nicht entgegengehalten werden. Insbesondere ist die Ausnahme beseitigt, welche das preuss. A. L.-R. in den §§ 322 ff. Teil I. Tit. 16 zugunsten des Pächters zuliess, weil sie gegen den in § 12 K.-O. aufgestellten Grundsatz verstösst (M. S. 228).[3])

6) Die Befugnis des K.-V., gegen die Forderung eines K.-Gl. dessen Schuld an den Gemeinschuldner aufzurechnen, wird durch die §§ 47—49 nicht berührt. Vielmehr ist die Zulässigkeit einer derartigen Aufrechnung lediglich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu beurteilen (Bem. I. zu den §§ 47 und 48). Zur Aufrechnung gegenüber den K.-Gl. ist ausschliesslich der K.-V. befugt, der nach § 5 die Masse zu verwalten, sonach auch für die Einziehung der dazu gehörigen Forderungen zu sorgen hat. Die einzelnen K.-Gl. können sich, soweit die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Rechte eine Erklärung des aufrechnenden Schuldners erfordert, auf die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht berufen, insbesondere diese nicht im Prüfungstermine geltend machen, um die Forderung des in Frage stehenden K.-Gl. zu bestreiten.[4]) Nur sofern die Aufrechnung sich von Rechts wegen vollzieht, können auch die einzelnen K.-Gl. geltend machen, dass die angemeldete Forderung durch Aufrechnung erloschen sei. Auch das Recht, die Zulässigkeit der von einem Gläubiger verlangten Auf-

[1]) Anders bezüglich des österreich. Rechtes v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 128, in dessen Sinne auch das preuss. Obertrib. am 16. Febr. 1860 bez. der pr. K.-O. entschied, Striethorst Bd. 36 Nr. 57, 58 S. 211 und 216.

[2]) Das preuss. Obertrib. erkannte am 16. Febr. und 19. Juni 1860 (Entsch. Bd 43 S. 439 ff. und 452 ff., dass ein Gläubiger, der im Kv. nicht aufrechnen konnte, nach dessen Aufhebung zur Aufrechnung berechtigt sei, sich jedoch im Falle eines Zwangsvergleichs mit der Accordrate begnügen müsse. Dagegen entschied es am 2. Juli 1861 (Striethorst, Bd. 42 S. 228 ff.), der Gläubiger, der sich nicht auf das Kv. einzulassen brauchte und nicht darauf eingelassen hat, sei an den Zwangsvergleich nicht gebunden. Diese letztere Auffassung herrscht auch in Frankreich. Alauzet, droit commercial Bd. 6 Nr. 2506 S. 150 ff. und das Kassationsurteil vom 24. Nov. 1841, Dalloz, Rep. v° faillite Nr. 251. V. auch: Oelker, Grundbegr. Bd. 1 S. 239, 254, 255; v. Sarwey S. 425; Stieglitz S. 335; v. Wilmowski S. 221; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 129, 130.

[3]) Preuss. Obertrib. 9. Jan. 1856, Striethorst, Bd. 19 S. 252 ff.

[4]) Fitting § 21 Anm. 25; Hullmann S. 184; v. Sarwey S. 441 Nr. 3 c.; Stieglitz S. 333; Wengler S. 339; v. Wilmowski S. 224 und 375 a. E. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 564 Anm. 12.

rechnung zu bestreiten, steht nur dem K.-V., nicht den einzelnen K.-Gl. zu. Die Aufrechnung, welche infolge einer vom K.-V. abgegebenen Erklärung eingetreten ist, bindet auch den Gemeinschuldner, weil dieser alle vom K.-V. als seinem Vertreter vorgenommenen Rechtshandlungen anerkennen muss.[1])

§ 46.

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.

(E. § 46; M. S. 229; K. S. 46; pr. K.-O. § 95).

1) Durch § 46 wird die im gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob der zur Aufrechnung befugte Gläubiger seine Forderung im Kv. anmelden müsse oder von der Einlassung in dasselbe befreit sei, im letztern Sinne entschieden. Diese Vorschrift stellt lediglich fest, dass der Gläubiger sich ebenso wie der Absonderungsberechtigte ausserhalb des Kv. Befriedigung verschaffen darf. Sofern die Voraussetzungen zur Aufrechnung vorliegen (Vorbem. 1 und 2), hat der betr. Gläubiger nur den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu genügen und kann es, wenn der K.-V. seine Forderung oder seine Aufrechnungsbefugnis nicht anerkennt, darauf ankommen lassen, dass dieser gegen ihn Klage erhebt. Bleibt nach geschehener Aufrechnung noch ein Teil seiner Forderung in Kraft, so kann er diesen im Kv. geltend machen. Diese Regelung des Verhältnisses zwischen dem zur Aufrechnung befugten Gläubiger und dem K.-V. steht nicht mit dem Satze im Widerspruch, dass die Aufrechnung regelmässig eine Thätigkeit der Beteiligten voraussetzt, denn die Erklärung des Gläubigers braucht nicht vor Gericht und noch weniger in Gegenwart der K.-Gl. abgegeben zu werden. Vielmehr genügt eine aussergerichtliche Erklärung, welche gegenüber dem K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners abgegeben wird. Die K.-Gl. haben umsoweniger ein Recht auf Zuziehung zum Aufrechnungsverfahren und auf Prüfung desselben, als der Gläubiger nicht aus der Masse, sondern aus einem von dieser abgesonderten Gegenstand befriedigt wird. Über die Frage, ob eine solche Befriedigung zulässig ist, hat lediglich der K.-V. und im Bestreitungsfalle das Prozessgericht zu entscheiden (vgl. M. S. 229 und Vorbem. 5).

2) Daraus, dass die Aufrechnung aus dem Kv. hinausgewiesen worden ist, ergiebt sich, dass deren Vollziehung sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte richtet. Nach diesem ist auch, falls auf der einen Seite mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen vorhanden sind, zu beurteilen, wem das Wahlrecht bezüglich der aufzurechnenden Forderung zusteht und welche Forderung von der Aufrechnung betroffen wird, wenn eine Erklärung in dieser Beziehung nicht erfolgt ist. Die Ansicht, dass der Gläubiger immer das Wahlrecht habe, kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass ihm ein Absonderungsrecht zustehe, denn ein solches liegt jedenfalls der Form nach und soweit es sich um das Aufrechnungsverfahren handelt, nicht vor.[2]) Nicht die Vorschriften über die Geltendmachung des Absonderungsrechtes, sondern die Bestimmungen über die Art und Weise der Aufrechnung sind entscheidend. Soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, sind die Grundsätze maassgebend, welche in Ansehung der Anrechnung von Zahlungen gelten.[3]) Die Anmeldung der Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, im Kv. enthält nicht

[1]) A. M. v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 487.

[2]) Endemann S. 197; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 253; Willenbücher S. 99 Nr. 7; v. Wilmowski S. 226. A. M. Fitting § 21 Anm. 12; v. Sarwey S. 433; Stieglitz S. 336; v. Völderndorff Bd. 1 S. 567 Nr. IV.

[3]) Eccius Bd. 1 S. 606; Meisner S. 198 ff.; v. Sarwey S. 434; Stieglitz S. 336.

notwendig einen Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis, denn der Gläubiger kann gute Gründe haben, die Forderung ungeachtet der Aufrechnungsabsicht anzumelden. Insbesondere kann er die Absicht haben, die Forderung des Gemeinschuldners zu bestreiten und für den Fall, dass er mit der Bestreitung nicht durchdringt, aufzurechnen.[1] Ebenso steht die Annahme von Teilzahlungen der Aufrechnung bezüglich der Restforderung nicht im Wege.[2] Dagegen wird die Aufrechnung dem K.-V. gegenüber dadurch ausgeschlossen, dass der Gläubiger den vollen, auf seine Forderung treffenden, Anteil am Erlöse der Masse annimmt. Ebenso kann dieser nicht mehr aufrechnen, wenn er sich an einem Zwangsvergleiche beteiligt, denn dadurch wird seine Forderung ebenso wie durch Zahlung getilgt.[3]

3) Wenn die Forderung des Gläubigers grösser als die des Gemeinschuldners ist, kann er den überschiessenden Betrag im Kv. anmelden. Hat er in einem solchen Falle die ganze Forderung angemeldet, dann aber aufgerechnet, so wird die Anmeldung auf die Restforderung beschränkt, weil der übrige Teil der Forderung durch Aufrechnung getilgt ist. Eine (entsprechende) Anwendung des § 57 kommt schon aus diesem Grunde nicht in Frage.[4]

§ 47.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 58 zu berechnen.

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 62, 63 zu berechnen.

(E. § 47; M. S. 229—234; K. S. 46 und 58; pr. K.-O. § 96 Z. 3).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Durch § 47, welcher im allgemeinen dem § 96 Z. 3 pr. K.-O. entspricht, wurde sowohl das gemeine Recht als das rhein. Recht in mehrfacher Beziehung abgeändert, indem die Aufrechnung im Kv. gestattet wird, obgleich die durch das Gegenübertreten der Forderung und Gegenforderung erworbene Aufrechnungsbefugnis vor der K.-E. noch nicht ausgeübt worden ist und auch nicht ausgeübt werden konnte (M. S. 230). Im wesentlichen

[1] R.-O.-H.-G. 11. Juni 1873, Entsch. Bd. 10 S. 165; R.-G. (I.) 5. Juli 1890 Jur. Woch. S. 278 Nr. 12 u. 14; Dernburg Bd. 2 § 120 Anm. 6; Eccius Bd. 1 § 94 Nr. 3 und die Kommentare.

[2] Fitting § 21 Anm. 22; Meisner S. 201; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 247; v. Sarwey S. 436, 437; Willenbücher S. 98 Nr. 6; v. Wilmowski S. 225. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 569.

[3] Hullmann S. 189; v. Sarwey S. 436: v. Wilmowski S. 225. A. M. Fuchs S. 82; Stieglitz S. 337.

[4] v. Völderndorff Bd. 1 S. 570. A. M. v. Sarwey S. 435.

hat dies in der oben (Vorbem. 1) dargelegten Auffassung seinen Grund, dass bei der Aufrechnung im Kv. die Stellung des Gläubigers entscheidend sei und für diesen die Aufrechnung ein Deckungsmittel bilde, das ihm nicht geschmälert werden dürfe.

In erster Linie handelt es sich hier um betagte und aufschiebend bedingte Forderungen, bezüglich deren die Aufrechnung für zulässig erklärt wird, gleichviel ob es auf der einen oder der andern Seite oder auf beiden Seiten an der Fälligkeit fehlt, bezw. die Geltendmachung der Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt. Ausserdem regelt der § die Frage, ob und inwieweit die Aufrechnung durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen wird. Die hier vorgesehenen Erweiterungen kommen allen Gläubigern des Gemeinschuldners zu gut, auch wenn diese nicht als K.-Gl. anzusehen sind. Insbesondere dürfen sie auch von solchen Gläubigern angerufen werden, welche ihre Forderungen nach § 56 Z. 3 und 4 nicht im Kv. anmelden können (Vorbem. 1 a. E. S. 240).[1] Die Vorschrift in Abs. 1 bezüglich der betagten und bedingten Forderungen bezieht sich, wie die Fassung ergiebt, nicht bloss auf die Fälle, in welchen solche Forderungen auf Seite der Gläubiger vorliegen, sondern findet auch insoweit Anwendung, als die Forderung des Gemeinschuldners eine betagte oder bedingte ist. Der Aufrechnung seitens des Gläubigers würde dieser Umstand wohl überhaupt nicht im Wege stehen. Jedenfalls wird durch § 47 Abs. 1 ein etwa bestehendes Hindernis beseitigt. Der K.-V. wird dagegen, wie sich auch aus Abs. 2 ergiebt, durch § 47 Abs. 1 nicht in die Lage versetzt, von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch zu machen, obgleich die Forderung des Gemeinschuldners betagt oder bedingt ist. Seine Aufrechnungsbefugnis wird, wie allseitig angenommen wird, durch § 47 nicht berührt (Vorbem. 5 S. 242).

II. Aufrechnung mit betagten Forderungen.

1. Betagtheit der Konkursforderung.

Wenn die Forderung eines K.-Gl. betagt ist, so steht dieser Umstand mit Rücksicht auf § 58 Abs. 1 der Aufrechnung mit einer Forderung des Gemeinschuldners nicht im Wege, weil die K.-E. die Fälligkeit der Forderung und damit die Zulässigkeit einer sofortigen Aufrechnung bewirkt (M. S. 231). Auch die bis zur K.-E. aufgelaufenen Zinsen können zur Aufrechnung benutzt werden. Die später fällig gewordenen Zinsen sind nach § 48 von der Aufrechnung ausgeschlossen.[2] Ist die Forderung des K.-Gl. verzinslich, so wird sie ihrem ganzen Betrage nach zur Aufrechnung verwandt. Ist sie unverzinslich, so muss sich der Gläubiger für die Zeit von der K.-E. bis zur Verfallzeit gemäss § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug bringen lassen. Betagt ist eine Forderung zwar auch dann, wenn sie auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist. Hier muss jedoch die Umrechnung nach § 63 erfolgen.[3] Ist die Forderung betagt, der Tag der Fälligkeit aber ungewiss, so kommt § 62 zur Anwendung.[4]

2. Betagtheit der Forderung des Gemeinschuldners.

Wenn die Forderung des K.-Gl. fällig ist, während die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten erst nach Ablauf einer bestimmten Frist verlangt werden kann, so darf er seine Forderung im Kv. ohne Rücksicht auf seine Schuld geltend machen. Der K.-V. hat kein Recht, jenen auf die Aufrechnung zu verweisen (M. S. 233 u. Bem. I. a. E.). Er

[1]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 232.

[2]) Endemann S. 200; v. Sarwey S. 431; Willenbücher S. 99 Nr. 2; v. Wilmowski S. 227 Nr. 2 b.

[3]) Fitting § 21 Anm. 5; v. Sarwey S. 438, 440 Nr. 3 a; v. Wilmowski S. 228 Nr. 2 b.

[4]) Fuchs S. 83 Nr. 5; Wengler S. 342; v. Wilmowski S. 228 Nr. 2 b.

ist auch berechtigt, sofort aufzurechnen, kann aber in diesem Falle selbst dann keine Zwischenzinsen verlangen, wenn die Forderung des Gemeinschuldners unverzinslich ist (M. a. a. O.). Dies ergiebt sich schon aus Abs. 2 des §, nach welchem nur die betagte Forderung des gegenüber dem K.-V. aufrechnenden „Gläubigers" gemäss § 58 zu berechnen ist. Ausserdem muss in der Aufrechnung mit der betagten Forderung ein Verzicht auf die dem Gläubiger zustehende Zahlungsfrist gefunden werden (M. S. 233). Nur wenn der vor dem Verfalltage zahlende Schuldner nach Übereinkunft oder Handelsgebrauch berechtigt ist, ohne Einwilligung des Gläubigers den Zwischenzins abzuziehen, ist er auch im Falle der Aufrechnung hierzu befugt (Art. 334 Abs. 2 H.-G.-B.).[1] Ist in einem solchen Falle die Forderung des Gläubigers verzinslich, so kann dieser nur mit solchen Zinsen aufrechnen, welche bis zur K.-E. aufgelaufen waren (Bem. II. 1).[2] Hat der Gläubiger seine Forderung im Kv. angemeldet, so wird er dadurch nicht des Rechtes verlustig, wenn die Forderung des Gemeinschuldners fällig wird, oder auch früher doch noch von der Aufrechnung Gebrauch zu machen, denn er war nicht verpflichtet, auf die ihm zustehende Frist zu verzichten, und in der vorsorglichen Anmeldung seiner Forderung liegt nicht die Erklärung, dass er überhaupt nicht aufrechnen wolle (Bem. 2 zu § 46; M. a. a. O.).[3] Auch in diesem Falle liegt in der Annahme von Abschlagszahlungen nicht notwendig ein Verzicht auf die Aufrechnung. Nur dadurch wird diese ausgeschlossen, dass der Gläubiger seinen vollen Anteil am Erlöse der Masse annimmt oder sich an einem Zwangsvergleiche beteiligt (Bem. 2 zu § 46 S. 244). Auch wenn beide Forderungen betagt sind, kann die Aufrechnung sofort erfolgen. Die Forderung des Gläubigers wird nach § 58 durch die K.-E. fällig. Der Umstand, dass die Forderung des Gemeinschuldners betagt ist, steht aber der Aufrechnung seitens des Gläubigers nicht im Wege.

III. Aufrechnung mit bedingten Forderungen.

Ist die Forderung des K.-Gl. von einer auflösenden Bedingung abhängig, so steht dies ihrer Geltendmachung und folgeweise der Aufrechnung mit einer unbedingten Forderung nicht im Wege, da auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind (§ 59). Ebenso muss sich der K.-Gl. die Aufrechnung mit einer auflösend bedingten Forderung des Gemeinschuldners gefallen lassen. Auf derartige Forderungen findet § 47 keine Anwendung (M. S. 232). Ein Recht auf Sicherstellung für den Fall des Eintrittes der auflösenden Bedingung ist, sofern nicht das bürgerliche Recht ein solches gewährt, nicht begründet. Der Gläubiger wird jedoch gut daran thun, seine Forderung vorsorglich für den Fall des Eintrittes der auflösenden Bedingung im Kv. anzumelden.

Ist die Forderung des K.-Gl. von einer aufschiebenden Bedingung abhängig, so kann, so lange die Bedingung schwebt, nicht aufgerechnet werden. Die bedingte Forderung berechtigt nicht dazu, die Erfüllung der unbedingten Schuld zu verweigern oder zu verzögern. Damit die spätere Ausübung des Aufrechnungsrechtes gesichert und das für das Kv. begründete Recht der Deckung des Gläubigers durch seine Schuld nicht geschmälert wird, kann dieser aber verlangen, dass ihm in Höhe der letztern Sicherheit bestellt werde. Die Sicherstellung hat der K.-V. in derselben Weise zu leisten, in welcher nach bürgerlichem Rechte eine Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung erfüllt werden muss (M. S. 233). Die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 101 ff.) finden hier keine Anwendung. Das Recht, Sicherstellung zu verlangen, kann übrigens erst dann geltend gemacht werden, wenn der

[1]) Meisner S. 204; Stieglitz S. 339; v. Völderndorff Bd. 1 S. 575 Anm. 12; Willenbücher S. 100 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 227 Nr. 2a. A. M. v. Sarwey S. 440 Nr. 3b., welcher dem Gläubiger die Aufrechnung nur dann gestatten will, wenn die Frist in dessen Interesse beigefügt worden ist. Zu dieser Unterscheidung giebt aber § 47 Abs. 1 keine Veranlassung.

[2]) A. M. Endemann S. 200; Hullmann S. 190; Stieglitz S. 339; Willenbücher S. 100 Nr. 2b; v. Wilmowski S. 227 Nr. 2a.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 573.

[3]) R.-O.-H.-G. 11. Juni 1873, Entsch. Bd. 10 S. 165 ff.

bedingte Gläubiger zur Zahlung seiner Schuld bereit ist. Demselben wird jedenfalls dadurch genügt, dass der zur Masse eingezahlte Betrag oder ein der Höhe der bedingten Forderung entsprechender Teil desselben zum Zwecke der Sicherstellung hinterlegt wird (Bem. zu § 158). Rückgriffsforderungen von Personen, welche samtverbindlich mit dem Gemeinschuldner haften, sind aufschiebend bedingte Forderungen, fallen sonach unter § 47 Abs. 3 (Bem. zu § 60).[1])

Steht der unbedingten Forderung des K.-Gl. eine aufschiebend bedingte des Gemeinschuldners gegenüber, so verhält sich die Sache ebenso, als wenn die letztere Forderung eine betagte wäre. Der K.-Gl. kann, wenn er von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen will, was nicht leicht vorkommen wird, dies erklären und die Anmeldung seiner Forderung unterlassen, läuft aber dann Gefahr, diese nicht mehr geltend machen zu können, obgleich die aufschiebende Bedingung, von welcher die Forderung des Gemeinschuldners abhängt, nicht eingetreten ist. Er braucht sich dagegen die Aufrechnung vonseite des K.-V. nicht gefallen zu lassen. Auch hat dieser, soweit nicht das bürgerliche Recht einen solchen einräumt, keinen Anspruch auf Sicherstellung, da Abs. 3 des § dieses Recht nur dem K.-Gl. gewährt (Bem. I.).[2]) Hat der Gläubiger seine Forderung im Kv. angemeldet, so kann er, wenn die Bedingung, von der seine Verbindlichkeit abhängig ist, eintritt, oder auch vorher, immer noch von seinem Aufrechnungsrechte Gebrauch machen (Bem. II. 2).

Steht einer auflösend bedingten Forderung eine aufschiebend bedingte gegenüber, so liegt die Sache, da auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind, ebenso, wie wenn die erste Forderung nicht bedingt wäre. Sind beide Forderungen aufschiebend bedingt, so kann, so lange nicht eine der beiden Bedingungen eintritt, von keiner Seite aufgerechnet werden. Abs. 3 des § trifft in diesem Falle nicht zu, weil der Gläubiger nicht zur Leistung angehalten werden kann.

IV. Aufrechnung mit ungleichartigen Forderungen.

Ausserhalb des Kv. wird die Aufrechnung wohl überall durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen. Im Konkurse aber werden die ungleichartigen ebenso wie die betagten Forderungen behandelt. Diese Einwirkung des Kv. ergiebt sich daraus, dass die persönlichen Forderungen, deren Gegenstand nicht in Geld besteht, kraft Gesetzes in Geldforderungen umgewandelt werden, so dass sich hier immer nur gleichartige Forderungen gegenüberstehen (M. S. 234). In der Reichstagskommission war man zwar mit dieser Auffassung einverstanden, hielt es aber für notwendig, dass ihr im Gesetze selbst Ausdruck gegeben werde. Deshalb wurden mehrere Zusätze beschlossen, durch welche ausdrücklich festgestellt wird, dass die Aufrechnung auch dann nicht ausgeschlossen ist: „wenn die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war“ (K. S. 46 und 58).

Bei der Frage, ob zwei Forderungen gleichartig sind, kommt es im allgemeinen darauf an, ob die Leistungen gleichartig sind. Die Ungleichartigkeit des Entstehungsgrundes der Forderungen sowie die Verschiedenheit des Zweckes der Leistung ist nicht entscheidend.[3]) Es kommt jedoch vor, dass mit Rücksicht auf den Zweck einer Leistung die Aufrechnung mit ihr durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist. Dies gilt z. B. nach den Art. 184c und 219 H.-G.-B. (Fassung von 1884) bezüglich der auf eine Aktie

[1]) Ldg. Hamburg 21. Sept. 1882, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) 1883 S. 162, 1886 (Beibl.) S. 25.

[2]) v. Sarwey S. 443; v. Völderndorff Bd. 1 S. 578; Willenbücher S. 101 Nr. 3 a; v. Wilmowski S. 229 Nr. 4 b.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 263 § 105 Nr. 2; Eccius Bd. 1 § 94 Anm. 55 v. Mandry S. 385 § 42 Nr. 3; Windscheid Bd. 2 § 350 Anm. 8. V. dag. R.-G. (I.) 1. Jan. 1882 und 12. Jan. 1884, Entsch Bd. 6 S. 69 ff., bes. S. 72 ff., Juristenzeit. Bd. 9 S. 215; ferner v. Völderndorff Bd. 1 S. 566 Anm. 8.

geschuldeten Einzahlungen, in Ansehung deren es früher bestritten war, ob dagegen aufgerechnet werden könne.[1])

Durch die Bestimmungen des § wird übrigens das bürgerliche Recht nur insoweit berührt, als die Forderung des K.-Gl., welche ursprünglich nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war, zufolge des Kv. einer Geldforderung des Gemeinschuldners gleichartig wird (§ 62). Ist die Forderung des letztern nicht auf einen Geldbetrag gerichtet, so wird an der bestehenden Ungleichartigkeit und den Vorschriften des maassgebenden bürgerlichen Rechtes (Vorbem. 3) durch den § nichts geändert. Ebenso ist dieses bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung entscheidend, wenn sich zwei nicht auf Geld gerichtete, aber gleichartige Forderungen gegenüberstehen. § 47 kann deshalb dem K.-Gl., der aufrechnen will und auf die Geltendmachung seiner Forderung im Kv. verzichtet, nicht entgegengehalten werden. Nur die im Kv. geltend gemachte Forderung wird in eine Geldforderung umgewandelt.

V. Aufrechnung mit nicht festgestellten Forderungen.

Die noch nicht festgestellten (illiquiden) Forderungen sind zwar nicht zu den bedingten Forderungen zu rechnen, werden jedoch, da sie diesen mindestens gleichstehen, von der Aufrechnung nicht ausgeschlossen. Auch muss in diesem Falle § 47 Abs. 3 zur Anwendung kommen (M. S. 234).[2]) Die Bedeutung dieser Forderungen ist jedoch insofern eine andere, als für sie — ihre nachträgliche Feststellung vorausgesetzt — jedenfalls aus der Masse selbst dann Befriedigung gefordert werden kann, wenn die Feststellung erst nach der Schlussverteilung erfolgt. Während aufschiebend bedingte Forderungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die Bedingung bis zur Schlussverteilung eingetreten ist, darf der zur Deckung der noch nicht festgestellten Forderungen hinterlegte Betrag bei der Schlussverteilung nicht deshalb zur Befriedigung anderer Forderungen verwendet werden, weil die Feststellung noch fehle.[3]) In den Mot. wurde (a. a. O.) die Behauptung, dass die noch nicht festgestellten den bedingten Forderungen gleichstehen müssten, auch damit begründet, dass der ausserhalb des Kv. vielfach verlangte Arrestgrund durch die K.-E. ersetzt werde. In der Reichstagskommission wurde zu Protokoll festgestellt: „dass es nicht die Absicht der Kommission sei, die in der Befugnis, mit illiquiden Forderungen für den Fall ihrer Liquidität aufzurechnen, enthaltene Deckung des Gläubigers für den Konkurs auszuschliessen" (K. S. 53). Wenn der Geldbetrag einer Forderung unbestimmt oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, kommt § 62 zur Anwendung. Dass auf diesen nicht ausdrücklich Bezug genommen wurde, schliesst seine Anwendung nicht aus.[4])

§ 48.

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2. wenn jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben

[1]) V. die in der vor. Anm. angeführten Urt. des R.-G., ferner Petersen und v. Pechmann, Aktiengesetz S. 166 Anm. 1.

[2]) R.-G. (I.) 29. Nov. 1881, Entsch. Bd. 6 S. 278 ff. und die Kommentare.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. 1 S. 574 Anm. 8.

[4]) V. Fitting § 21 Anm. 5.

eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen andern Gläubiger entstanden war;

3. wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Übernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntnis hatte.

(E. § 48; M. S. 234 ff.; K. S. 46, 47; pr. K.-O. § 97).

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Hier werden diejenigen Fälle zusammengestellt, in welchen mit Rücksicht auf die stattgehabte K.-E. oder auf die schon vorher erfolgte Zahlungseinstellung und Kenntnis davon die wirksame Entstehung der Aufrechnungsbefugnis für die K.-Gl. ausgeschlossen ist. In den Mot. (S. 234) wird als rechtliche Grundlage der Beschränkungen der sogen. „Konkursanspruch“ bezeichnet,[1]) der als solcher nicht anerkannt werden kann (Bem. I. 1 zu § 2 S. 16 ff.). Dieser Konkursanspruch, als ein besonderer Anspruch der K.-Gl. auf gemeinsame und ausschliessliche Befriedigung aus der Masse, hätte folgerichtig zur Ausschliessung der Aufrechnungsbefugnis auch in Ansehung derjenigen Forderungen führen müssen, welche sich schon vor der K.-E. als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden.[2]) Die Ähnlichkeit der Aufrechnungsbefugnis mit dem Deckungsrechte der absonderungsberechtigten Gläubiger hat jedoch von dieser Ausdehnung des Aufrechnungsverbotes abgehalten. Dieses ist vielmehr auf die Fälle beschränkt worden, in welchen ein Aufrechnungsrecht vor der K.-E. nicht oder doch nur in anfechtbarer Weise entstanden ist, sonach die den §§ 11, 12 und 22 ff. zu Grund liegenden Erwägungen zutreffen. Dem sogenannten Konkursanspruche kommt hiernach bezüglich der in § 48 vorgesehenen Beschränkungen keinerlei Bedeutung zu. Vielmehr haben diese in derselben Auffassung ihren Grund wie die in § 47 vorgesehenen Erweiterungen, bei denen die Sicherung der dem Gläubiger gebührenden Deckung in Frage steht. Nur handelt es sich hier um Fälle, in denen die Voraussetzungen zu einer besondern, gleich einem Absonderungsrechte wirkenden Deckung nicht gegeben sind.

2) Die Vorschrift ist zwingendes Recht; ihre Anwendung kann sonach nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden.[3]) Die Befugnis des K.-V. zur Anfechtung der Rechts-

[1]) Ebenso v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation S. 50 ff.

[2]) v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 57.

[3]) Endemann S. 203; Fitting § 21 Anm. 13; Meisner S. 210 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. 1 S. 580; v. Wilmowski S. 230 Nr. 1 a.

handlungen, auf welchen die zur Aufrechnung benutzte Forderung beruht, wird natürlich durch § 48 nicht berührt. Durch deren erfolgreiche Ausübung wird die Aufrechnung gleichfalls ausgeschlossen. [1])

3) Die Aufrechnungsbefugnis des K.-V. wird durch § 48 nicht betroffen. Er hat nach dem bürgerlichen Rechte, sofern die Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen, die Wahl, ob er den vom K.-Gl. geschuldeten Betrag zwangsweise beitreiben oder aufrechnen will, und kann auch, statt diesem seinen Anteil am Erlöse auszuzahlen, mit diesem Anspruche gegen die Schuld des bezugsberechtigten Gläubigers aufrechnen. Sobald die Anteilsforderung fällig ist, kann aber auch der Gläubiger, statt diese zu erheben und seine Schuld zu bezahlen, ungeachtet des § 48 aufrechnen. [2]) Auch soweit es sich um eine nach der K.-E. zugunsten der Masse erworbene Forderung handelt, kann der K.-V. von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch machen. Da er das Interesse der K.-Gl. zu wahren hat, wird er jedoch regelmässig alle zur Masse gehörigen Forderungen beitreiben, solange und soweit dem Gläubiger eine Aufrechnungsbefugnis nicht zusteht.

II. Entstehung der Schuld nach Eröffnung des Konkursverfahrens. (Z. 1.)

1) Damit § 48 Z. 1 Anwendung finden kann, wird zunächst vorausgesetzt, dass die Person, welche dem K.-V. gegenüber aufrechnen will, nach der Konkurseröffnung „etwas zur Masse schuldig geworden ist.“ Die nach dieser für den Gemeinschuldner erworbenen Forderungen gehören zwar nach § 1 in der Regel nicht zur Masse. Trotzdem kann aber ein Dritter doch nach der K.-E. etwas zur Masse schuldig werden. Der K.-V., der nach § 5 an Stelle des Gemeinschuldners dessen die Masse bildendes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen hat, kann nämlich in dieser Eigenschaft Rechtsgeschäfte eingehen, z. B. Massegegenstände verkaufen oder Mietverträge abschliessen und dadurch für den Gemeinschuldner Forderungen erwerben, welche einen Bestandteil der Aktivmasse bilden. Auch in anderer Weise, z. B. infolge der Übertragung einer einem Dritten zustehenden Forderung an den K.-V. oder auf Grund einer unerlaubten Handlung kann jemand nach der K.-E. etwas zur Masse schuldig werden. Auf derartige Forderungen, welche zwar Forderungen des Gemeinschuldners sind und diesem zufallen, wenn das Kv. nach §§ 188, 190 eingestellt oder infolge eines Zwangsvergleichs aufgehoben wird, aber von den nicht zur Masse gehörigen Forderungen zu unterscheiden sind, welche der Gemeinschuldner selbst nach der K.-E. erwirbt, bezieht sich § 48 Z. 1. Schadenersatzforderungen gegen den K.-V wegen Verletzungen seiner Amtspflicht (§ 74) können nur dann die Anwendung der Z. 1 veranlassen, wenn jener einem früheren K.-V. gegenüber als Vertreter des Gemeinschuldners eine Schadenersatzforderung erhebt und dieser Forderung gegenüber mit einer Konkursforderung aufgerechnet werden soll. Die etwaigen Schadenersatzforderungen der Gläubiger gegen den K.-V. gehören nicht hierher. Was dieser den einzelnen Gläubigern zu ersetzen hat, schuldet er nicht „zur Masse“. Ebenso findet Z. 1 selbstverständlich keine Anwendung in einem ausserhalb des Kv. stattfindenden Zwangsverteilungsverfahren; denn wenn die K.-O. „von Masse“ spricht, ist damit die „Konkursmasse“ gemeint. Der Ansteigerer einer zwangsweise veräusserten Liegenschaft kann hiernach gegen den nach Bezahlung der Hypothekforderungen verbleibenden Rest des Kaufschillings mit einer Forderung aufrechnen, welche ihm gegen den von der Zwangsvollstreckung betroffenen Schuldner zusteht. [3])

2) Nur wenn ein Gläubiger, dessen Forderung lediglich als Konkursforderung oder nicht einmal als solche anzusehen ist, in dem dargelegten Sinne „etwas zur Masse schuldig

[1]) Fitting S. 193 § 21 Nr. III.; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 82, 83; Stieglitz S. 347 Nr. IV.; v. Wilmowski S. 232 Nr. 3; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 10 S. 209; bad. Ann. Bd. 49 S. 257.

[2]) v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 49, 54, 75; Stieglitz S. 345.

[3]) O.-L.-G. Colmar 21. Mai 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 308 ff., bes. 319.

geworden ist", trifft Z. 1 zu. Dass ein solcher eine erst nach der K.-E. der Masse gegenüber entstandene Schuld nicht auf eine Forderung gegen den Gemeinschuldner verrechnen kann, welche ebenfalls erst nach der K.-E. entstanden ist, ergiebt sich in der Regel schon daraus, dass diese Forderung nicht aus der Masse zu befriedigen ist (§ 2). Aber auch wenn die Forderung gegen den Gemeinschuldner vor der K.-E. entstanden ist, also im Kv. geltend gemacht werden kann, darf der K.-Gl. doch nicht damit gegen dasjenige aufrechnen, was er nach der K.-E. „zur Masse" schuldig geworden ist; er muss vielmehr wegen dieser Schuld dem K.-V. volle Befriedigung gewähren. Wenn dagegen ein Massegläubiger (§ 50 ff.) mit seiner Forderung gegen dasjenige aufrechnen will, was er „zur Masse" schuldig geworden ist, so kann er von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen. Durch dessen Ausübung werden die K.-Gl. nicht geschädigt, weil der Massegläubiger auch ohne Aufrechnung immerhin vor den K.-Gl. zu befriedigen ist. Steht einer nicht zur Masse gehörenden Forderung des Gemeinschuldners eine andere Forderung gegenüber, so kommen bezüglich der Frage, ob mit dieser Forderung dem Gemeinschuldner gegenüber aufgerechnet werden darf, die §§ 47 und 48 nicht zur Anwendung, gleichviel ob die Gegenforderung als Konkursforderung anzusehen ist oder nicht. Ebensowenig stehen einer derartigen Aufrechnung gegenüber dem Gemeinschuldner die §§ 2 und 11 entgegen.[1]) Macht ein K.-Gl. einer solchen Forderung des Gemeinschuldners gegenüber von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch, so kommt dies den übrigen K.-Gl. zu gut. Der K.-V. kann in einem solchen Falle dem K.-Gl. gegenüber nicht mit der Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen, da diese nicht zur Masse gehört. Auch kann er wegen einer solchen Forderung nicht Befriedigung verlangen, sondern muss dies dem Gemeinschuldner überlassen. Um für den Fall, dass die Schuld aus einem Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners entspringt, aus welchem nach § 1 diesem der Erwerb zufliesst, die Auslegung auszuschliessen, als ob der Gläubiger sich wegen seiner Forderung lediglich an den Gemeinschuldner halten, aber seine Schuld zur Masse erfüllen müsse, wurde die Fassung der pr. K.-O. (§ 97 Z. 1) aufgegeben (M. S. 234, 235).

3) Dass mit der dem Gläubiger des Gemeinschuldners zustehenden Forderung, soweit sie überhaupt im Kv. geltend gemacht werden kann, nicht gegen die nach der K.-E. entstandene Schuld an „die Masse" aufgerechnet werden darf, hat seinen Grund darin, dass die einen Vorzug vor andern K.-Gl. gewährende Aufrechnungsbefugnis wie ein Absonderungsrecht wirkt, ein solcher Vorzug aber nach der K.-E. nicht mehr erworben werden soll. Durch § 48 Z. 1 wird hiernach lediglich der Grundsatz, auf welchem die §§ 11 und 12 beruhen, auf die Aufrechnung zur Anwendung gebracht. Wenn der Gemeinschuldner eine ihm nach der K.-E. angefallene Forderung auf den K.-V. übertragen hat und der Schuldner diesem gegenüber mit einer Konkursforderung aufrechnet, kommt § 48 nicht zur Anwendung (Bem. 1 zu § 11 S. 58). Ob der Konkursforderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, ein Vorzugsrecht zur Seite steht und ob sie deshalb voraussichtlich voll befriedigt werden wird, ist gleichgültig. Die entgegengesetzte im gemeinen Recht früher geltend gemachte Auffassung wird durch die Fassung der Z. 1 ausgeschlossen.[2]) Der Pächter oder Mieter des Gemeinschuldners kann hier seine gegen den Gemeinschuldner gerichtete Forderung auf Rückgabe der Sicherheitsleistung oder auf Entschädigung wegen vorzeitiger Kündigung nicht gegen den Pachtzins bezw. Mietzins aufrechnen, den er für die nach der K.-E. vorgenommene Benutzung an den K.-V. zu zahlen hat.[3]) Ebenso kann gegenüber einer Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens, welches aus der Masse auf

[1]) O.-L.-G. Köln 5. Nov. 1887, rhein. Arch. Bd. 78 I. S. 72, Puchelts Z. Bd. 18 S. 640.

[2]) Meisner S. 209 Anm. 3; v. Sarwey S. 446, 447; v. Völderndorff Bd. 1 S. 582; Wengler S. 350.

[3]) R.-G. (III.) 4. Mai 1880, Entsch. Bd. 1 S. 347; O.-L.-G. Hamburg 21. Jan. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 485, 486 und die Kommentare.

Grund eines vor der K.-E. abgeschlossenen Darlehensvertrages hingegeben wurde, nicht mit einer Konkursforderung aufgerechnet werden. Die Forderung aus dem Darlehen ist erst durch dessen Hingabe, also nach der K.-E., entstanden. Es findet sonach § 48 Z. 1 auf sie Anwendung. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich nicht auf § 15 (vgl. S. 68 Anm. 1) berufen, weil die Erfüllung der Verpflichtung zur Zurückzahlung des Darlehens nicht die Gegenleistung für die Erfüllung des Darlehensversprechens ist und nicht aus dem letztern, sondern aus der Hingabe des Darlehens selbst entspringt.[1])

III. Erwerb einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens. (Z. 2).

1) Dass eine erst nach der K.-E. entstandene Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht zur Aufrechnung mit einer vor dieser zur Entstehung gelangten Schuld verwendet werden kann, versteht sich von selbst, da sie nicht Konkursforderung ist (§ 2). Nach Z. 2 ist aber im Anschlusse an die pr. K.-O. (§ 97 Z. 2) die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn die Forderung zwar schon vor der K.-E. entstanden, also Konkursforderung ist, aber erst nach der K.-E. auf den aufrechnenden Gläubiger überging. Die Ausschliessung der Aufrechnung für diesen Fall erfolgte, „um die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen zu verhüten" (M. S. 235 ff.). Die Forderung ist und bleibt zwar Konkursforderung. Auch war der Erwerber schon zur Zeit der K.-E. mit einer Schuld an den Gemeinschuldner belastet; zur Geltendmachung einer — gleich einem Absonderungsrechte wirkenden — Aufrechnungsbefugnis fehlte es aber an einer wesentlichen Voraussetzung, nämlich an einer Forderung. Deren nachträglicher Erwerb führt nach dem Gesetze die Befugnis zur Aufrechnung nicht herbei. Ob der Schuldner bei dem Erwerb der Konkursforderung von der K.-E. Kenntnis hatte, ist gleichgültig. Auch beschränkt sich der Ausschluss der Aufrechnung nicht auf den Aufkauf und den sonstigen Erwerb von Forderungen im Wege der Sonderrechtsnachfolge, sondern greift auch bei der allgemeinen Rechtsnachfolge Platz. Übrigens trifft Z. 2, obgleich der Grund der Vorschrift darin zu finden ist, dass in den meisten Fällen der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht zur Aufrechnung befugt sei, auch solche Forderungen, welche ein Schuldner desselben nach der K.-E. von einer Person erwarb, welche selbst zur Aufrechnung befugt gewesen wäre. Hat z. B. ein Gläubiger des Gemeinschuldners, der zugleich dessen Schuldner ist, seine Forderung an einen andern Schuldner desselben veräussert, der von der K.-E. keine Kenntnis hatte, so steht dem letztern nicht das Recht der Aufrechnung zu.[2])

Forderungen von Massegläubigern (§§ 50 ff.) sind zwar ebenso Forderungen an den Gemeinschuldner, wie bei den zur Masse gehörigen Forderungen der Gemeinschuldner als deren Subjekt anzusehen ist (Bem. II. 1 S. 250, Vorbem. 2 zu §§ 50 ff. S. 255). Der Massegläubiger, der schon vor der K.-E. dem Gemeinschuldner etwas schuldig war, darf aber trotzdem seine Masseforderung gegen seine Schuld aufrechnen.

2) Bei Wechselforderungen ist, wenn der Schuldner des Gemeinschuldners nach der K.-E. durch Indossament einen Wechselanspruch gegen diesen erworben hat, nach Z. 2 die Aufrechnung ausgeschlossen, obgleich dieser schon vor der K.-E. zugunsten des Vormannes gegenüber dem Gemeinschuldner begründete Anspruch als Konkursforderung anzusehen ist. Haftet der Gemeinschuldner aus einem von ihm vor der K.-E. ausgestellten Accept, so ist nur derjenige Wechselgläubiger zur Aufrechnung befugt, welcher die Wechselforderung vor der K.-E. erworben hatte. Ist das Indossament, auf das sich der Wechselinhaber berufen kann, erst nach der K.-E. ausgestellt, so kommt hiernach in der Regel § 48 Z. 2 zur Anwendung. Wurde der bereits vor der K.-E. an den Wechselinhaber girirte und von ihm weitergegebene Wechsel nach der K.-E. nochmals an denselben

[1]) R.-G. (III.) 25. Mai 1886, Jur. Woch. S. 248.

[2]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 584 Anm. 19.

indossiert, so ist dieser übrigens in der Lage, die dazwischenliegenden Indossamente auszustreichen und sich auf das ältere zu berufen. Ist das Indossament nicht mit einer Zeitangabe versehen, so muss der Wechselinhaber, welcher aufrechnen will, beweisen, dass die Ausstellung des auf ihn lautenden Indossaments vor der K.-E. erfolgt sei. Musste der Trassant oder ein Indossant einen von ihm vor der K.-E. begebenen, vom Gemeinschuldner angenommenen, Wechsel nach der K.-E. wieder einlösen, so kann er die Forderung, welche ihm gegen den Acceptanten sowie gegen den Aussteller zusteht, in deren Konkurs geltend machen, weil seine Forderung schon vor der K.-E. bestanden hat (Bem. IV. 3 zu § 2). Er ist aber, weil er sich dieser Forderung nicht vollständig entäussert hatte, ihm vielmehr immer ein bedingter Anspruch zustand, auch berechtigt, mit derselben aufzurechnen. Der in Frage stehende Anspruch ist kein in der Person des Indossanten neuentstandener; vielmehr bestand das Indossament auch, nachdem der Wechsel in andere Hand übergegangen war, fort. Nur die Geltendmachung des Anspruchs war gehemmt; durch die Rückkehr des Wechsels zum Indossanten sind aber die thatsächlichen Voraussetzungen eingetreten, von denen die Geltendmachung der Verpflichtung abhängt.[1]) Dasselbe gilt, wenn der Vormann des Indossanten in Konkurs geraten ist und der letztere den Wechsel im Regresswege wieder einlösen musste.[2])

IV. Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Konkurseröffnung. (Z 3).

1) Auch wenn Schuld und Forderung vor der K.-E. entstanden bezw. erworben, an sich also zur Aufrechnung geeignet sind, ist mit Rücksicht auf das Anfechtungsrecht (§§ 22 ff.) die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der aufrechnende Schuldner schon bei Erwerb der Forderung dem Gemeinschuldner die in Frage stehende Summe schuldete und wusste, dass bereits der Anspruch der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung eingetreten sei. Dagegen ist nicht auch umgekehrt die Aufrechnung dann unzulässig, wenn der Gläubiger, erst nachdem er die Forderung in Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages erworben hatte, dem späteren Gemeinschuldner etwas schuldig geworden ist; in diesem Fall ist nur die Anfechtung nach § 23 möglich.[3])

Die Aufrechnung wurde in dem von Z. 3 betroffenen Falle ausgeschlossen, weil die Anfechtung des Rechtsgeschäftes, aus dem die aufzurechnende Forderung entspringt, nicht möglich wäre, und die Aufrechnungshandlung selbst der Anfechtung schon deshalb entzogen ist, weil sie erst im Laufe des Kv. vorgenommen wurde (M. S. 237, 238). Aber auch abgesehen von diesem Grunde, ist die Anfechtung der Aufrechnungshandlung deshalb ausgeschlossen, weil die letztere, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen, sich nur als der thatsächliche Eintritt der an bestimmte Thatsachen geknüpften gesetzlichen Wirkung des Bestehens von zwei Gegenforderungen darstellt. Um die gesetzlich gestattete Aufrechnung zu hindern, musste immer eines der die Forderungen begründenden Rechtsgeschäfte angefochten werden. Zu diesem Ziele würde auch die Anfechtung eines besondern Vertrages über die Aufrechnung nur dann führen, wenn ohne den Vertrag die Aufrechnung nicht zulässig wäre.[4])

2) Wenn auch die Z. 3 mit § 23 den Grund gemein hat, so unterscheidet sie sich doch wesentlich von diesem §. Es handelt sich hier nicht um eine Anfechtung des Rechtsgeschäftes. Der von dem Schuldner des Gemeinschuldners vorgenommene Erwerb der

[1]) So schon das pr. Obertrib. (Striethorst Bd. 71 S. 303 und das R.-O.-H.-G., Entsch. Bd. 24 S. 1; vgl. auch v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 61 ff., bes. S. 69 und die Kommentare. A. M. nur Stieglitz S. 347 Nr. III. und S. 341.

[2]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 585, 586; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 61 ff. A. M. Stieglitz S. 347 Nr. III.

[3]) R.-G. (I.) 21. Dez. 1889, Entsch. Bd. 26 S. 81 ff.

[4]) R.-G. (I.) 21. Dez. 1889 a. a. O.

Konkursforderung bleibt in Kraft und diese letztere kann im Kv. angemeldet werden. Nur die Aufrechnung ist ausgeschlossen. Auch wird hier die Kenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w. seitens des Schuldners nicht vermutet, sondern muss nachgewiesen werden. Ein Antrag, nach welchem dem aufrechnenden Gläubiger der Beweis obliegen sollte, dass ihm die Zahlungseinstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbs nicht bekannt gewesen sei, wurde abgelehnt, nachdem darauf verwiesen worden war, die Billigkeit verlange es, dass der Schuldner des Gemeinschuldners günstiger als dessen Gläubiger behandelt werde (K. S. 46, 47). Der Beweis des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung bezw. des Eröffnungsantrags sowie der Kenntnis davon liegt dem die Aufrechnung ablehnenden K.-V. ob.[1]) Eine Benachteiligung der K.-Gl. durch das mit dem Gemeinschuldner abgeschlossene Rechtsgeschäft braucht dagegen nicht nachgewiesen zu werden. Das Gesetz schliesst vielmehr deshalb die Aufrechnung unbedingt aus, weil im Falle der Zulässigkeit der Aufrechnung mit dem Entstehen der Gegenforderung eine Verminderung der Masse thatsächlich vorhanden sein würde. Mit Rücksicht darauf wurde auch ein Antrag, die Worte „durch ein Rechtsgeschäft mit demselben" wegzulassen und in dieser Beziehung lediglich auf die Anfechtung zu verweisen, von der Reichstagskommission (K. S. 46, 47) abgelehnt. Auch § 48 Z. 3 kann übrigens Anwendung nicht finden, wenn der Erwerb der Forderung in die Zeit fällt, in welcher eine durch § 23 betroffene Rechtshandlung nach § 26 der Anfechtung entzogen wäre.

3) Der Ausschluss der Aufrechnung tritt nur dann ein, wenn die Forderung durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben wurde, nicht aber (wie im Falle der Z. 2 Bem. III. 1), wenn der Übergang der Forderung auf dem Wege der allgemeinen Rechtsnachfolge erfolgte. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes und wurde auch in den Mot. (S. 238) hervorgehoben. Dass die Aufrechnung ungeachtet der Kenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbes der Forderung erfolgen kann, falls der Schuldner sich bereits vorher zur Befriedigung des Gläubigers oder Übernahme der Forderung unanfechtbar verpflichtet hatte, hat darin seinen Grund, dass der Erwerb in diesem Falle nicht zu beanstanden ist. Die K.-O. hat diese Ausnahme ausdrücklich hervorgehoben, weil dem Schuldner nicht überall ein Rückgriff gegen den Gemeinschuldner zusteht, welcher ihm die Aufrechnungsbefugnis nach § 47 sichert. Nach Abs. 2 der Z. 3 ist die Möglichkeit der Aufrechnung insbesondere dem wechselmässig Verpflichteten gewahrt, welcher einen vom Gemeinschuldner angenommenen Wechsel als Aussteller oder Indossant eingelöst hat. Dies kann auch von denjenigen nicht bestritten werden, welche behaupten, dass dem Einlösenden nach Weiterbegebung des Wechsels ein bedingter Rückgriffsanspruch für den Fall der spätern Einlösung nicht zustehe (Bem. III. 2).[2])

§ 49.

Die Bestimmung des § 42 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, dass ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

(E. § 49; M. S. 238, 239; K. S. 47).

Da § 48 durch Aufkauf einer Konkursforderung seitens eines im Auslande wohnenden Schuldners leicht umgangen werden kann, und die Frage, nach welchem Rechte dessen Befugnis zur Aufrechnung mit einer auf ihn übertragenen Konkursforderung zu beurteilen

[1]) Endemann S. 209; Meisner S. 211 Anm. 5; v. Völderndorff Bd. 1 S. 588 lit. e; Willenbücher S. 104; v. Wilmowski S. 233.

[2]) Meisner S. 211 Anm. 7.

ist, sehr verschiedenartige Beantwortung gefunden hat, wurde zur Sicherung der Durchführung des § 48 zu demselben Mittel gegriffen, wie in § 42. Die Aufrechnung wird nicht für ungültig erklärt. Aber sofern eine Aufrechnung, welche nach § 48 ausgeschlossen sein würde, von dem ausländischen Schuldner mit Erfolg ausgeübt wird, steht gegen den der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Veräusserer der Rückgriff in der Weise zu, dass er der Masse den ihr durch die Aufrechung entzogenen Betrag, d. h. die Summe zu ersetzen hat, welche durch den bei Ausschüttung der Masse auf die veräusserte Forderung entfallenden Anteil nicht gedeckt wird. Der Rückgriff steht jedoch nur unter der Voraussetzung zu, dass der Erwerb entweder in Kenntnis des Eröffnungsantrags oder nicht früher als sechs Monate vor der K.-E. in Kenntnis der Zahlungseinstellung erfolgte (vgl. Bem. zu § 42 sowie § 10 E.-G).

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

(§ 50 – 53).

Vorbemerkungen.

1) Die Verwaltung und Verteilung der Masse veranlasst regelmässig Kosten, welche aus dieser zu berichtigen sind. Ausserdem können durch die Thätigkeit des K.-V. Verbindlichkeiten entstehen, welche ebenfalls aus der Masse erfüllt werden müssen, obgleich es sich dabei nicht um Konkursforderungen im Sinne des § 2 handelt. Diese Kosten ruhen gleichsam als eine Last auf der Masse und verringern diese nach dem Satze: Omnia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Der K.-V. hat deshalb die Masseschulden und Massekosten vorweg zu decken. Die letzteren bilden nur eine bestimmte bevorzugte Art der Masseschulden. Auch lassen sich die einen von den andern begrifflich nicht streng abgrenzen. Für die Unterscheidung sind vielmehr lediglich die gesetzlichen Vorschriften (§§ 51 und 52) maassgebend. Die Bezeichnung „Massegläubiger" gilt für alle Gläubiger, welchen eine Forderung der einen oder andern Art zusteht. Die in den §§ 121, 159 und 161 vorkommende Zusammenfassung „Masseansprüche" empfiehlt sich aus dem Grunde nicht, weil dieser Ausdruck die Vorstellung von Ansprüchen zugunsten der Masse erweckt, während die in Frage stehenden Ansprüche gegen die Masse gerichtet sind. In § 50 wird der allgemeine Grundsatz der vorzugsweisen Berichtigung der Masseansprüche aufgestellt. Die §§ 51 und 52 regeln die Frage, welche Ausgaben als Massekosten bezw. Masseschulden anzusehen sind; § 53 bestimmt sodann, was zu geschehen hat, wenn die Masse nicht zur Befriedigung sämtlicher Massegläubiger ausreicht.

2) Im gemeinen, rhein. und preuss. Rechte herrschte die Anschauung vor, als stünden die Massegläubiger zu den K.-Gl. in dem Verhältnisse von Gläubigern zu ihren Schuldnern. Bald hielt man die Gläubigerschaft oder die Masse, bald die einzelnen K.-Gl. für die Verpflichteten. Diese Annahmen sind die Erzeugnisse der Lehre von einer juristischen Persönlichkeit oder Genossenschaft der K.-Gl. und von deren Nachfolge in die Eigentums- oder Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. Sie können deshalb, weil die K.-O. mit dieser Auffassung gebrochen hat, für das Reichsrecht Geltung nicht beanspruchen. Damit ist aber auch der weitern Lehre die Grundlage entzogen, nach welcher die K.-Gl. verpflichtet sein sollen, wenn die Masse nicht ausreicht, die Masseschulden aus eigenen Mitteln zu decken. Die in Frage stehenden Verbindlichkeiten sind Schulden des Gemeinschuldners. Aber es sind Schulden, welche erst nach der K.-E., ohne eigenes Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners für ihn entstehen und zu deren Tilgung in erster Linie die

Masse zu verwenden ist. Dadurch unterscheiden sie sich ihrer Natur nach grundsätzlich von den Konkursforderungen, mit welchen sie deshalb nicht in eine Reihe gestellt wurden. Die Massegläubiger nehmen eine ähnliche Stellung ein wie die Absonderungsberechtigten, denn sie müssen aus der Masse vor den K.-Gl. befriedigt werden. Aber die Masseforderungen gehören doch nicht zu den Absonderungsansprüchen, welche vor der K.-E. entstanden sein müssen und auf einzelne Bestandteile der Masse beschränkt sind.

3) Aus der dargelegten, der K.-O. zu Grund liegenden Auffassung ergiebt sich, dass die Massegläubiger, falls sie aus der Masse nicht befriedigt werden, sich nicht ohne weiteres an den K.-V. halten können, sondern nur dann einen Rückgriff gegen ihn haben, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, das ihn nach dem bürgerlichen Rechte haftbar macht. Weiter führt sie zum Ergebnis, dass der Gemeinschuldner, als dessen Vertreter der K.-V. erscheint (Bem. III. 1 zu § 5 S. 33), für die von diesem übernommenen Verbindlichkeiten und die entstandenen Kosten den Massegläubigern gegenüber haftbar ist. In der Reichstagskommission wurde denn auch die Frage, ob der Gemeinschuldner persönlich für den Ausfall hafte, von Hagens bejaht, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben worden wäre. Dieser bemerkte in zutreffender Weise: „Der Gemeinschuldner sei Eigentümer der Konkursmasse geblieben. Der K.-V. übe nach § 5 Abs. 2 das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners aus. Soweit durch diese Ausübung Erwerbungen oder Verpflichtungen entsprängen, träfen dieselben daher allgemein, ohne Beschränkung auf die Konkursmasse, den Gemeinschuldner“ (K. S. 109). Die während des Verfahrens durch den K.-V. gemachten, dem Vermögen des Gemeinschuldners zufliessenden, Erwerbungen sind, obgleich sie nach der K.-E. gemacht wurden, nicht nach § 1 der Masse entzogen. Vielmehr müssen sie, da der K.-V. nur mit Mitteln der Masse erwerben kann, auch der Masse zu gut kommen.[1]) Dies gilt selbst von denjenigen Gegenständen, welche zufolge einer erfolgreichen Anfechtung in die Masse zurückgewährt wurden (Bem. III. 1 zu § 5 u. Bem. 2 zu § 30 S. 37 und S. 160). Ebenso müssen auch die von dem K.-V. eingegangenen Verbindlichkeiten die Masse belasten. Die K.-Gl. haben, obgleich das Kv. in ihrem Interesse eingeleitet und durchgeführt wird, den etwaigen Ausfall nicht zu decken, denn das zur Masse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners ist nicht auf sie übergegangen und der K.-V. ist nicht ihr Vertreter (Bem. III. 1 zu § 5 S. 33).[2])

§ 50.

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.

(E. § 50; M. S. 240—242; K. S. 49; pr. K.-O. § 40).

1) Die Massekosten und Masseschulden sind vorweg „aus der Konkursmasse“ zu berichtigen. Es ist also nicht gestattet, nur einen Teil der Kosten zum Voraus von der Masse abzuziehen, den andern aber den einzelnen K.-Gl. nach Verhältnis ihres Anteils am Erlöse der Massegegenstände anzurechnen. Nach § 159 können Massegläubiger, welche ihre Ansprüche verspätet geltend machen, dadurch von der Befriedigung aus der Masse ausgeschlossen werden. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass diese Gläubiger in derselben Weise wie die K.-Gl. genötigt sind, ihre Forderungen anzumelden, denn § 159 findet

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 597.

[2]) Dernburg Bd. 2 § 117 Anm. 23; Endemann S. 359; Fitting § 114 Anm. 2 und § 25 Anm. 15; v. Mandry § 28 Anm. 39; Meisner S. 213; v. Sarwey S. 458; Stieglitz S. 350, 353 Nr. III; Wengler S. 356, 357; Willenbücher S. 105 Nr. 2; v. Wilmowski S. 234, 235; O.-L.-G. Hamburg 8. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 255, 256. A. M. Meves S. 75; Schultze S. 47; v. Völderndorff Bd. 1 S. 591, 592, 596 ff.; L. Seuffert zur Gesch. u. Dogm. S. 166 ff.

nur dann Anwendung, wenn die „Masseansprüche" nicht zur Kenntnis des K.-V. gelangt sind. Dieser muss die Massekosten ihrer Natur nach kennen, ohne dass es einer besondern Mitteilung an ihn bedarf. Insbesondere gilt dies von den Gerichtskosten und den vom K.-V. selbst gemachten Aufwendungen, der an den Gemeinschuldner auszuzahlenden Unterstützung u. s. w. Hat er es unterlassen, solche Massekosten zu berücksichtigen, so kann er für den entstandenen Schaden, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, haftbar gemacht werden.[1]) Dasselbe gilt, wenn er eine zu seiner Kenntnis gebrachte „Masseschuld" nicht vorweg aus der Masse bezahlt hat.[2])

2) Da die Massegläubiger nicht K.-Gl. sind (Vorbem. 2), brauchen sie sich an dem Kv. nicht zu beteiligen und sind sonach weder an die Anmeldefrist (§§ 126, 129) gebunden, noch genötigt, ihre Ansprüche der in den §§ 129—132 vorgesehenen Prüfung zu unterwerfen. Sie können sich vielmehr unmittelbar an den K.-V. halten, der die Masse zu verwalten und die auf ihr lastenden Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Hinsichtlich der Zeit der Geltendmachung der Masseansprüche ist im allgemeinen das bürgerliche Recht maassgebend. Sobald eine fällige Forderung vorliegt, kann deren Befriedigung vom K.-V. verlangt werden, der sich seiner Verbindlichkeit nicht durch die Behauptung entziehen darf, es seien noch keine genügenden Mittel vorhanden, oder es müsse erst abgewartet werden, ob nicht noch andere Massekosten oder Masseschulden entstünden, durch welche die Befriedigung des Gläubigers in Frage gestellt werde. Nur wenn es sich bereits herausgestellt hat, dass nicht alle vorhandenen Masseansprüche befriedigt werden können, müssen die Massegläubiger sich gefallen lassen, dass die in § 53 vorgesehene Reihenfolge eingehalten wird (Bem. 1 und 2 zu diesem §). Bloss den K.-Gl., nicht den bereits vorhandenen Massegläubigern gegenüber ist der K.-V. berechtigt, zur Bestreitung später entstehender Massekosten u. s. w. Gelder zurückzuhalten.

3) Viele neuere Gesetzgebungen enthalten besondere Vorschriften darüber, wie die Masseansprüche auf die Konkursmasse und die etwaigen Sondermassen zu verteilen sind. § 40 pr. K.-O. sagte: „Von der gemeinschaftlichen Konkursmasse, sowie von jeder abgesonderten Masse sind die in Beziehung auf dieselbe entstandenen Kommunkosten in Abzug zu bringen." Die K.-O. kennt den Begriff der Sondermasse nicht (Bem. II. 1 und 2 zu § 3); es kann deshalb die Notwendigkeit der Verteilung auf verschiedene Massen bezw. Arten von Gläubigern nur dann eintreten, wenn thatsächlich aus der Masse einzelne Gegenstände abgesondert worden sind. Abgesehen hiervon besteht nur eine Masse, auf welcher alle Masseschulden und Kosten, gleichviel aus welchem Anlasse sie herrühren, ganz lasten. Für den Fall, dass ein Absonderungsrecht ausgeübt wird, wurde die Vorschrift der preuss. K.-O. in den Mot. (S. 241) als sachlich gerechtfertigt erklärt, weil in diesem Falle die Masse und jede Sondermasse selbständig und für sich abgeschlossen bestehe und die Ausübung des Absonderungsrechtes unabhängig vom Kv. erfolge (Bem. I. 1 und II. 1 zu § 3). Man ging jedoch von der Auffassung aus, dass die Aufnahme einer derartigen Vorschrift ausserhalb des Bereiches der K.-O. liege. Bestimmungen, nach welchen eine Verteilung der allgemeinen Konkurskosten, der Vergütung für den K.-V. u. s. w. auf die Masse und die einzelnen Sondermassen nach Verhältnis des Betrages oder Erlöses derselben zu erfolgen hat, oder die Kosten und Schulden einer Sondermasse im Falle ihrer Unzulänglichkeit der Konkursmasse aufzubürden sind, wurden in den Mot. (S. 241, 242) für ungerechtfertigt erklärt. Auch erscheint diese Auffassung als zutreffend. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt vollständig getrennt von dem Kv. Die Kosten, welche einem Absonderungsberechtigten durch eine von ihm betriebene Zwangsvollstreckung erwachsen, stehen sonach in keinerlei Beziehung zum Konkurse. Die Kosten, welche dadurch entstehen, dass der K.-V. gemäss § 116 die Zwangsveräusserung betreibt, haben dagegen in der ihm obliegenden

1) Ldg. Metz 10. April 1885, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 10 S. 458.

2) Jur. Z. f. E.-L. Bd. 10 S. 119.

Durchführung des Kv. ihren Grund. Berühren gewisse Masseschulden oder Kosten, z. B. die Arbeitslöhne für Ausbesserung eines, verschiedenen Gemeinschuldnern gemeinschaftlich gehörigen, Hauses mehrere Kv., so müssen diese Beträge nach demjenigen Verhältnisse auf die einzelnen Massen verteilt werden, in welchem ihnen die Leistungen zu gut gekommen sind.

§ 51.

Massekosten sind:

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren;
2. die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse;
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.

(E. § 51; M. S. 242—244; K. S. 49; pr. K.-O. § 41).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Massekosten sind diejenigen Aufwendungen, welche durch die Einleitung und Durchführung des Kv. entstehen. Dazu gehören zunächst die Ausgaben, welche durch die Bildung der reinen, zur Befriedigung der K.-Gl. dienenden Masse und durch deren zweckdienliche Verwendung, insbesondere durch die Verwaltung der Masse, die Versilberung der einzelnen Massegegenstände und die Verteilung des Erlöses veranlasst werden. Massekosten bilden aber auch die dem Gemeinschuldner gewährten Unterstützungsbeträge und die für das Kv. zu entrichtenden Gerichtskosten. Nicht hierher gehören die aussergerichtlichen und gerichtlichen Kosten, welche den einzelnen K.-Gl. durch ihre Teilnahme am Kv., insbesondere durch die Anmeldung und Vertretung u. s. w. erwachsen. Auch die aussergerichtlichen Kosten, welche einem Gläubiger durch den Antrag auf K.-E. oder auf vorläufige Sicherstellung der Masse (§§ 97, 98) entstehen, sind nicht zu den Massekosten zu rechnen; der Gläubiger kann sie vielmehr nur im Kv. anmelden. Die letztern Ausgaben sind auch nicht als Masseschulden wegen rechtloser Bereicherung zu behandeln, da sich nicht nachweisen lässt, dass die Masse ohne die Sicherheitsmaassregeln verringert worden wäre oder um die Kosten bereichert worden ist.[1]) Die Kosten der Feststellungsprozesse in Ansehung bestrittener Forderungen treffen den unterliegenden Teil. Ist dies der K.-V., so kommt § 52 Z. 1 zur Anwendung. Auch die bei Durchführung eines Zwangsvergleichs entstehenden Kosten sind als Massekosten nicht anzusehen, da diese Durchführung ausserhalb des Kv. erfolgt. Im übrigen vergl. Bem. II. 1.

II. Besondere Bemerkungen.

1. Gerichtliche Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren.

Unter die Z. 1 fallen nur diejenigen gerichtlichen Kosten, welche zugleich das gemeinschaftliche Verfahren betreffen (Bem. I.) Hierzu gehören namentlich die Kosten für das die K.-E. herbeiführende Verfahren, ferner die gerichtlichen Kosten einschliesslich der Auslagen (§§ 50 ff. und 79 ff. G.-K.-G.), welche durch die Bildung der Teilungsmasse sowie durch deren Ermittelung, Sicherstellung, Feststellung, Einziehung und Verwertung

[1]) V. Stieglitz S. 463; Tränkner in Buschs Z. Bd. 7 S. 80 ff.; v. Völderndorff Bd. 1 S. 599 Anm. 1. A. M. Fitting § 14 Anm. 3 u. § 35 Anm. 36.

veranlasst werden, die Kosten der Verhaftung und Haft des Gemeinschuldners, des offenen Arrestes, der Eintragung von Sperrvermerken, der Siegelung, der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses; endlich die Kosten, welche durch das gemeinschaftliche Verfahren zur Feststellung der Schuldenmasse, durch die Wahlprüfungs- und Schlusstermine, sowie durch die Verteilung der Masse und die Einstellung oder Aufhebung des Kv. entstehen.

Wenn der gemäss § 82 Z. 1 G.-K.-G. bei dem Antrage auf K.-E. vom Antragsteller zu entrichtende Gebührenvorschuss oder ein anderer Vorschuss für Gerichtskosten vom Gemeinschuldner selbst geleistet worden ist, so haftet die Masse dafür nicht, weil das Geld aus dem zu ihr gehörigen Vermögen entnommen wurde. Dagegen hat, wenn der Vorschuss von einem K.-Gl. geleistet wurde, dieser Anspruch auf Ersatz aus der Masse, weil der vorgeschossene Betrag einen Teil der Gerichtskosten bildet. Hat ein solcher Antragsteller die in Frage stehende Summe von einem Dritten geborgt, so kann gleichwohl nur er selbst, nicht der Darleiher Ersatz aus der Masse verlangen. Letzterer, welcher die Gerichtskosten nicht bezahlt und überhaupt eine Aufwendung für die Masse nicht gemacht hat, ist nicht als Massegläubiger anzusehen, sondern besitzt nur eine Darlehensforderung gegen den Antragsteller. Auch derjenige, welcher etwa dem Gemeinschuldner das Geld zur Entrichtung des Gebührenvorschusses vorgestreckt hat, ist nicht als Massegläubiger anzusehen. Vielmehr steht ihm ebenfalls nur eine einfache Darlehensforderung zu, welche er im Kv. anmelden kann. Er hat nicht Gerichtskosten bezahlt, sondern ein Darlehen gegeben; dass dieses zu dem Zweck gewährt wurde, um davon den Vorschuss zu bestreiten, macht den Darleiher nicht zum Massegläubiger.[1]) Für die Herbeiführung eines Zwangsvergleichs werden nach dem G.-K.-G. (§§ 51—58) Gebühren nicht berechnet. Als Gerichtskosten können sonach hier nur Auslagen (Schreibgebühren, Postgebühren, Kosten von Bekanntmachungen u. s. w. in Betracht kommen. Diese Kosten hat der den Zwangsvergleich vorschlagende Gemeinschuldner zu tragen, von dem sich der K.-V. nötigenfalls einen Vorschuss geben lassen muss. Als Massekosten sind die erwähnten Auslagen nicht zu behandeln, da sie lediglich die Aufhebung des Kv. bezwecken (M. S. 242). Der Versuch eines Zwangsvergleichs kann allerdings auch im Interesse der K.-Gl. liegen. Dies ist jedoch nicht notwendig der Fall, insbesondere dann nicht, wenn der Antrag des Gemeinschuldners verworfen wird. Die mit einem Vorzugsrecht versehenen, an dem Zwangsvergleiche nicht unmittelbar beteiligten K.-Gl. haben gar kein Interesse an diesem. Darauf, dass im Falle der Einstellung und Aufhebung des Kv. die Gerichtsgebühren (§ 51 Z. 1) zu den Massekosten zählen, kann man sich für die entgegengesetzte Auffassung nicht berufen, denn nicht die Gerichtsgebühren, welche auch im Falle des Zwangsvergleichs als Massekosten anzusehen sind (§ 51 Z. 1), stehen hier in Frage, sondern Kosten, welche durch den vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlag entstehen und ganz überflüssig sein könnten. In der pr. K.-O. (194 Abs. 2) war in Ansehung des Zwangsvergleichs ausdrücklich gesagt, dass der Gemeinschuldner die gerichtlichen baren Auslagen und die aussergerichtlichen Auslagen zu tragen habe. Das muss aber auch nach der K.-O. gelten.[2])

2. *Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse.*

Zu den aussergerichtlichen Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse gehören zunächst: die Vergütung für die Auslagen und Bemühungen des K.-V. und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§§ 77 u. 83). Die erstere Vergütung darf nicht unter Z. 1 gestellt werden, denn das Gesetz unterscheidet zwischen Ausgaben und Auslagen (§ 51 u. 53). Nur die letzteren begreifen die bethätigten Zahlungen, während der Begriff „Ausgaben" auch die in Zukunft erst zu machenden Zahlungen um-

[1]) v. Sarwey S. 461 Nr. 2a; v. Völderndorff Bd. 1 S. 601; v. Wilmowski S. 239 Nr. 2 a. E.

[2]) V. Dernburg Bd. 2 § 117 Anm. 25; Endemann S. 361; Fuchs S. 70; Fitting § 14 Anm. 5 und die Kommentare. A. M. nur v. Völderndorff Bd. 1 S. 600.

fasst. Übrigens wird der K.-V. nicht vom Gerichte bezahlt, sondern er entnimmt seine Vergütung selbst aus der von ihm — nicht vom Gerichte — zu verwaltenden Masse. Das Gericht hat keinerlei Verwaltungshandlungen, insbesondere keine Verteilung vorzunehmen (§§ 138, 154). Auf Grund des § 77 hat das Gericht nur einen Kostenfestsetzungsbeschluss zu erlassen, dessen Vollzug aber nicht in seinen Händen liegt. Schon aus diesem Grunde darf zur Auslegung des § 51 K.-O. nicht § 97 G.-K.-G., herangezogen werden. Dessen Z. 6 rechnet zu den gerichtlichen Auslagen, also zu den Gerichtskosten: „die an andere Behörden oder Beamte oder an Rechtsanwälte für deren Thätigkeit zu zahlenden Beträge", worunter wirklich „bezahlte" Beträge zu verstehen sind. Auch abgesehen hiervon würde diese Bestimmung nur zutreffen, wenn ein Rechtsanwalt K.-V. ist, also zu ungleicher Behandlung der K.-V. führen. Der Beamtenbegriff darf auf den K.-V. nicht ausgedehnt werden, obgleich dieser ein Amt verwaltet (vgl. § 78 K.-O. u. Bem. III. 1 zu § 5 S. 34, 35). Auch Schöffen und Geschworene verwalten ein Amt, ohne Beamte zu sein.[1]) Ferner sind die eigentlichen Verwaltungs- und Wirtschaftskosten, die Arbeits- und Gesindelöhne, die Mietsvergütungen, die Saat- und Erntekosten, Versicherungsprämien und dergleichen hierher zu rechnen. Bezüglich der in der pr. K.-O. noch erwähnten Ausgaben zur Erhaltung und Verbesserung der Massegegenstände und zur Erstattung der deshalb geleisteten Vorschüsse wurde in den Mot. (S. 243) bemerkt, die letztern seien weniger als „Kosten" wie als „Schulden" zu betrachten und daher in die Kategorie der Masseschulden (§ 52 Z. 3) zu bringen, wie denn auch andere obligatorische Verpflichtungen, welche zur Verwaltung oder Verwertung der Masse vom K.-V. eingegangen oder zu erfüllen seien, namentlich Dienstlöhne und Mietsgelder, die rechtliche Natur von Masseschulden haben könnten. Hat ein Dritter die in Frage stehenden Auslagen oder Vorschüsse gemacht, so steht ihm eine Masseforderung zu und liegt eine Masse schuld im Sinne des § 52 vor. Dasselbe gilt von den Forderungen Dritter für Arbeits- oder Gesindelohn, Mietsvergütung u. s. w. Auch die vom K.-V. berichtigten Masseschulden behalten aber diese Eigenschaft und werden durch die Berichtigung nicht zu Massekosten (Bem. I. zu § 52 und Bem. 3 zu § 53).[2]) Bezüglich der in der pr. K.-O. besonders erwähnten öffentlichen Abgaben und Leistungen wurde in den Mot. zutreffend bemerkt: „Der Entwurf rechnet die auf Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben hierher, also alle Grundsteuern, Leistungen zu Brücken- und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, die Deichlasten, Schul- und Ortsarmenabgaben und dergl. dingliche Lasten, sofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen; denn wenn auch der Gemeinschuldner nicht persönlich für sie verpflichtet ist, so lässt sich ohne sie der belastete Vermögensteil nicht benutzen und verwerten.[3]) Persönliche Steuern des Gemeinschuldners sind dagegen weder Massekosten noch Masseschulden." Zur Verwaltung des die Masse bildenden Vermögens gehört auch die Bestreitung der auf einzelnen Vermögensteilen haftenden Lasten. Sofern nicht die in Frage stehenden Grundstücke thatsächlich abgesondert wurden, die Massekosten also aus der Absonderungsmasse zu bestreiten sind (Bem. 3 zu § 50), müssen diese Kosten hiernach aus der Konkursmasse bestritten werden (§ 51). Ob eine Steuer als persönliche Abgabe anzusehen ist, oder an einem bestimmten Grundstücke haftet, richtet sich nach dem Recht des Ortes der belegenen Sache.

[1]) V. v. Wilmowski S. 238. A. M. Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 743 ff.

[2]) Fuchs S. 70, 71; v. Sarwey S. 462 ff.; Stieglitz S. 355, 356; v. Völderndorff Bd. 1 S. 601; Wengler S. 362. A. M. v. Wilmowski S. 237, der alle Aufwendungen für das Kv. hierher, die übrigen Aufwendungen aber unter § 52 stellt; ebenso Endemann S. 360.

[3]) So auch Dernburg Bd. 2 S. 309; Endemann S. 363; Fitting § 14 Anm. 13; Fuchs S. 70; Meisner S. 215; Meves S. 76; v. Sarwey S. 463; Stieglitz S. 356; Willenbücher S. 107 Nr. 3. A. M. v. Völderndorff, der Bd. 1 S. 602 die Ansicht aufstellt, die öffentlichen Abgaben lasteten auf der Masse nicht infolge der Verwaltung im engern Sinne, sondern infolge „einer Handlung des Verwalters", nämlich des Umstandes, dass dieser die Immobilien nicht sofort veräussere; sie seien deshalb als Masseschulden im Sinne des § 52 Z. 1 anzusehen, und hätten im Falle der Unzulänglichkeit den Vorrang vor den Massekosten.

3) Die Z. 3 bezieht sich nur auf diejenige Unterstützung, welche dem Gemeinschuldner und dessen Familie aus freien Stücken bewilligt worden ist (§§ 118 und 120), nicht auf den Unterhalt, den jener nach § 1 Abs. 2 beanspruchen kann. Die Verbindlichkeit zur Bestreitung dieses Unterhalts ist „Masseschuld" (Bem. II. zu § 52.) Die Kosten der Beerdigung des Gemeinschuldners sind grundsätzlich nicht der Masse zu entnehmen, da der Zweck und die Durchführung des Kv. mit der Beerdigung in keinem Zusammenhang stehen (M. S. 244). Jedenfalls kann ein rechtlicher Anspruch in dieser Beziehung nicht erhoben werden.[1]) Sollte der K.-V. oder die Gläubigerversammlung dem Gemeinschuldner und dessen Familie einen bestimmten Unterhaltsbeitrag bewilligt haben, so steht nichts im Wege, dass dieser zur Bestreitung der Beerdigungskosten des Gemeinschuldners oder eines Familiengliedes verwendet wird.[2]) Dies ist jedoch lediglich Sache des Gemeinschuldners bezw. seiner Hinterbliebenen. Selbst wenn vom K.-V. oder Gläubigerausschuss für den erwähnten Zweck eine besondere Unterstützung gewährt wurde, was wohl geschehen kann, ist diese nur als Unterhaltsbeitrag für die Familie anzusehen, nicht als besonderer Posten unter die Massekosten zu stellen.

§ 52.

Masseschulden sind:

1. Die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss;
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

(E. § 52; M. S. 244—246; K. S. 249; pr. K.-O. §§ 42—44).

I. Allgemeine Bemerkungen. — Begriff der Masseschulden.

Welches Verhältnis zwischen den in § 52 geregelten „Masseschulden" (im engern Sinne des Wortes) und den „Massekosten" besteht, ist nicht ohne weiteres klar, da wegen der im § 51 erwähnten Aufwendungen Forderungen von Dritten bestehen können, welche eine Masseschuld begründen und umgekehrt eine Masseschuld im Sinne des § 51 in einer Ausgabe für die Verwaltung oder Verwertung der Masse ihren Grund haben kann (Bem. II. 2 zu § 51). Auch in den Mot. ist das Verhältnis nicht in sehr klarer Weise dargelegt worden, indem (S. 244) gesagt wurde: „Den Kosten, welche als der sachlich notwendige Aufwand aus der Masse zu bestreiten sind, stehen die Masseschulden insofern gegenüber, als diese stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzen, und auch, ohne sachlich notwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit sind." Es wird nämlich dadurch der Schein erregt, als ob zwischen „Massekosten" und „Masseschulden" ein begrifflicher Gegensatz bestehe, während ein solcher in Wirklichkeit nicht vorhanden ist (Vorbem. 1 zu §§ 50 ff.). In § 51 wird die Berichtigung der dort bezeichneten Aufwendungen mit Rücksicht auf deren Zweck gesichert. Durch § 52 wird festgestellt, dass gewisse Forderungen wegen ihrer Natur durch Vorwegnahme des hierzu erforderlichen Betrages aus der Masse zu befriedigen sind. Beide Bestimmungen sind also voneinander unabhängig und gehen nebeneinander her, ohne

[1]) O.-L.-G. Dresden 1. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 168; Fitting § 14 Anm. 14 und die Kommentare.

[2]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 604, 605.

sich zu berühren. Die Notwendigkeit, die „Masseschulden" von den „Massekosten" zu unterscheiden, entsteht erst durch die Rangordnung unter ihnen für den Fall der Unzulänglichkeit der Masse bezw. durch § 53. Auch bei der Verpflichtung zur Zahlung der Massekosten handelt es sich, soweit einem Dritten ein Anspruch auf Zahlung zusteht, um eine Masseschuld im weitern Sinne. Die von dem K.-V. bereits berichtigten Masseschulden sind nicht, wie in der vorigen Auflage angenommen wurde, als „Massekosten" zu behandeln und deshalb, falls § 53 zur Anwendung kommt, nicht den noch zu berichtigenden Masseschulden nachzusetzen. Durch die vom K.-V. gemachten Zahlungen wird, wenn er die Mittel hierzu der Aktivmasse entnommen hat, diese letztere vermindert. Eine Masseforderung entsteht dann überhaupt nicht. Hat der K.-V. aus eigenen Mitteln Masseschulden bezahlt, so ist anzunehmen, dass er als negotiorum gestor gehandelt hat und deshalb eine Masseschuld in Frage steht.[1]) Die in § 52 aufgezählten Forderungen geniessen hauptsächlich deshalb einen Vorzug vor den Massekosten, weil die Forderungsberechtigten, deren Ansprüche in einer Handlung des K.-V. oder einer gesetzlichen Vorschrift ihren Grund haben, nicht darunter leiden sollen, dass das Kv. nicht abgelehnt oder rechtzeitig aufgehoben wurde, weil die Mittel zur Bestreitung der Kosten fehlen (§§ 99 u. 100; Bem. 3 zu § 53). Die Forderung eines Massegläubigers verliert die ihr innewohnende Eigenschaft nicht dadurch, dass sie auf einen andern übergeht. Auch diesem gegenüber bleibt die Verbindlichkeit eine Masseschuld. Unter welchen Voraussetzungen eine Forderung dieser Art auf andere Personen übergehen kann, insbesondere ob eine förmliche Übertragungserklärung erforderlich wird, oder der Übergang schon durch Befriedigung des Massegläubigers bewirkt wird, ist nach demjenigen bürgerlichen Rechte zu beurteilen, unter dessen Herrschaft die Forderung steht.

II. Ansprüche aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters. (Z. 1.)

In Z. 1 ist der Fall geregelt, dass einem Dritten aus einem Rechtsgeschäfte oder einer Rechtshandlung des K.-V. ein Anspruch gegen die Masse erwachsen ist. Wenn das Geschäft oder die Handlung von diesem innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse vorgenommen wurde, soll der daraus hervorgehende Anspruch zufolge der Stellung, welche der K.-V. einnimmt, aus der Konkursmasse ebenso erfüllt werden, wie ihn der Gemeinschuldner ausserhalb des Kv. erfüllen müsste. Darnach ergiebt sich besonders die Pflicht zur Eviktionsleistung für eine von dem K.-V. vorgenommene Veräusserung (M. S. 244).[2]) Die Anwendung der Z. 1 setzt voraus, dass dem Dritten überhaupt ein Anspruch auf Befriedigung aus der Masse zusteht, d. h. dass diese durch die Handlung des K.-V. belastet wird. In § 52 wird allenthalben eine solche Verpflichtung vorausgesetzt und durch § 50 nur die Befriedigung der Massegläubiger in anderer Weise als bei den einfachen K.-Gl. geregelt. Lässt sich aus der Handlung des K.-V. nur ein Anspruch, z. B. eine Schadenersatzforderung, gegen diesen selbst ableiten, so fehlt es an der wesentlichsten Voraussetzung des §. Wenn sich der K.-V. bei einer Rechtshandlung, aus welcher Ansprüche Dritter gegen die Masse entstehen, einer Überschreitung seiner Befugnisse oder ein Verfahren zu schulden kommen lässt, wodurch seine Verpflichtung zum Schadenersatz begründet wird, so besteht neben der Masseforderung des Dritten[3]) eine Rückgriffsforderung der Gläubiger gegen ihn (M. a. a. O).

[1]) So Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 741; v. Völderndorff Bd. 1 S. 605 Anm. 1; v. Wilmowski S. 237 u. 240, und teilw. auch Fitting § 14 Anm. 4. A. v. Mandry § 28 S. 303; v. Sarwey S. 465 ff.; Stieglitz S. 357.

[2]) Diese Verpflichtung wurde unter der Herrschaft der pr. K.-O. bestritten von Koch, Recht der Forderungen § 57 Bd. 1 S. 657. V. auch Goltdammer § 42 Bem. 3 S. 146. Im Sinne der Mot. vergl. noch v. Sarwey S. 468 a. E.; Stieglitz S. 358; v. Völderndorff Bd. 1 S. 607, 608; Wengler S. 364; Willenbücher S. 108 Nr. 1.

[3]) R.-G. (I.) 29. Mai 1880 und 1. Dez. 1886, Entsch. Bd. 2 S. 265 ff., bes. S. 269, Jur. Woch. 1887 S. 14 und Gruchot Bd. 31 S. 395 ff.

Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Anspruch gegen die Masse durch das Rechtsgeschäft oder die Handlung des K.-V. entstanden ist. Es genügt sonach nicht, dass dieser eine bereits früher bestehende Forderung anerkannt hat, oder dass eine auf anderem Rechtsgrunde beruhende Forderung durch Verschulden des K.-V. unbefriedigt geblieben ist.[1]) Die Z. 1 kommt hauptsächlich zur Anwendung, wenn ein von dem K.-V. abgeschlossener Vertrag oder ein von ihm ohne Erfolg geführter Prozess in Frage steht. Es kann aber auch eine (rechtmässige oder widerrechtliche) Verwaltungshandlung desselben genügen. Ob und inwieweit der Gemeinschuldner bezw. dessen die Konkursmasse bildendes Vermögen für die Folgen der vom K.-V. als seinem Vertreter vorgenommenen Handlung haftet, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen (Bem. III. 2 zu § 5).[2])

Auch die Erwirkung von einstweiligen Verfügungen,[3]) die Beschädigung dritter Personen, die ungerechtfertigte Verweigerung einer Aussonderung oder der abgesonderten Befriedigung, sowie die Besitzergreifung von Gegenständen, deren Zugehörigkeit zur Masse später mit Erfolg bestritten wird, kann eine Masseschuld begründen. Insbesondere ist der Anspruch des Gemeinschuldners auf Gewährung des Unterhalts aus den in die Konkursmasse fallenden Nutzungen (§ 1 Abs. 2) nach Z. 1 als Masseanspruch anzusehen. Die Thatsache, dass der K.-V. die Verwaltung des dem Niessbrauch unterworfenen Vermögens übernommen hat, verpflichtet ihn, die darauf ruhenden Lasten zu bestreiten (Bem. IV. 3 zu § 1), und diese Verpflichtung ist als Masseschuld anzusehen. In den Mot. zu § 51 (S. 244) wurde zwar die Ansicht ausgesprochen, dass die Mittel, welche zur Gewährung des gesetzlich zugesicherten Unterhalts dienten, nicht zur Masse gehörten. Diese Auffassung hat aber durch die jetzige Fassung des § 1 Abs. 2 ihre Unterlage verloren (Bem. IV. 2 und 3 zu § 1).

III. Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, welche der Konkursmasse gegenüber zu erfüllen sind. (Z. 2).

1. Allgemeine Bemerkungen.

Die Z. 2 hat diejenigen Fälle zum Gegenstand, in denen ein Rechtsgeschäft zwar vor der K.-E. vom Gemeinschuldner eingegangen wurde, der Anspruch auf Erfüllung aber erst nach dieser zufolge einer Rechtshandlung des K.-V. oder kraft Gesetzes entsteht. Der Grund, aus welchem der Erfüllungsanspruch Masseschuld wird, liegt hier in der Wirkung der K.-E. auf die zur Zeit noch schwebenden Rechtsgeschäfte. Der Regel nach hemmt das Kv. die Erfüllung der noch nicht erfüllten Verträge und es löst sich der Erfüllungsanspruch in eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung auf (Bem. I. 1 zu § 15 und Bem. III. 2 zu § 21). Von dieser Regel giebt es aber zwei Ausnahmen:

a. Wenn der K.-V. gemäss § 15 die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages verlangt, muss er den Vertrag auch seinerseits vollständig erfüllen und zwar ist der Gegenstand der Leistung aus der Masse zu entnehmen. Was der Gemeinschuldner noch zu leisten hat, ist Gegenstand einer Masseschuld. Als rückständige Leistung des Gemeinschuldners ist jede zur vollständigen Erfüllung, also auch die zur Verbesserung oder Vervollständigung einer mangelhaften oder teilweisen Erfüllung erforderliche Leistung anzusehen. Hatte der Gemeinschuldner beispielsweise 100 Säcke Weizen zu liefern gehabt, aber nur 50 Säcke und diese in einer geringern als der vertragsmässigen Beschaffenheit geliefert, so gehört die

[1]) R.-G. (IV.) 27. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 114 Nr. 13 a. E.

[2]) Das preuss. Obertrib. erkannte am 5. Juli 1850 (Entsch. Bd. 19 S. 488), wenn ein K.-V. ohne rechtlichen Grund von einer fremden Sache für die Masse Besitz ergreife und deren Rückgabe verweigere, so sei die Masse für den Schaden verantwortlich und es brauche sich der Eigentümer mit seiner Entschädigungsforderung nicht auf das Kv. einzulassen.

[3]) Jur. Z. f. E.-L. Bd. 10 S. 119 ff., bes. S. 121.

Befriedigung des etwaigen Entschädigungsanspruchs aus der mangelhaften Erfüllung, durch welche deren Ergänzung herbeigeführt werden soll, ebenso zur Vertragserfüllung wie die noch ausstehende Lieferung der Ware selbst.[1]) Dagegen fällt unter den Begriff der „rückständigen Leistung nicht diejenige Entschädigung, welche auf Grund einer vom Gemeinschuldner früher gemachten selbständigen Leistung wegen vorhandener Mängel oder wegen Entwährung beansprucht wird. Derartige Entwährungs- oder Schadenersatzforderungen können nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden.

b. Ähnlich liegt die Sache bezüglich derjenigen Verträge, deren Erfüllung in einer längere Zeit hindurch fortgesetzten Leistung besteht und in Ansehung deren die K.-O. vorschreibt, dass die Erfüllung auch für die Zeit nach der K.-E. verlangt werden kann (§§ 17, 19, 20). In diesen Fällen ist z. B., wenn der Gemeinschuldner eine Sache gepachtet oder gemietet oder jemand in Dienst genommen hatte, der Pacht- und Mietzins bezw. die Vergütung für die zu leistenden Dienste insoweit vollständig aus der Masse zu bezahlen, als die Gewährung des Gebrauchs der Sache oder die Leistung von Diensten in die Zeit nach der K.-E. fällt, ohne dass es in dieser Beziehung auf den Fälligkeitstermin ankommt.[2]) Ebenso sind andere erst nach der K.-E. entstandene Verbindlichkeiten aus Pacht- und Mietverträgen, sowie derartige Ansprüche aus andern Rechtsverhältnissen, z. B. aus Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnissen, welche ungeachtet der K.-E. fortgesetzt werden, als Masseschulden anzusehen. Als solche gilt z. B. der nach der K.-E. über das Vermögen eines Gewerken durch Beschluss der Gewerkschaft festgesetzte Beitrag, sowie die Einzahlung auf Aktien, welche nach der K.-E. verlangt wird. Immer ist jedoch hier vorausgesetzt, dass der K.-V. das in Frage stehende Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt hat.[3]) Ein derartiger Anspruch könnte zwar an sich auch zu den Massekosten gerechnet werden, weil es sich um Ausgaben handelt, welche durch die Verwaltung der Masse erfordert werden.[4]) Die besondere Vorschrift des § 52 Z. 2 geht aber der allgemeinen Vorschrift des § 51 Z. 2 vor.

Wenn die erörterten Ausnahmen Platz greifen, muss dem Gläubiger, der zur Erfüllung angehalten wird, auch die Gegenleistung vollständig aus der Masse gewährt werden.

2. *Anspruch auf Rückgabe der Pachtkaution und des Pachtinventars.*

Wenn dem Gemeinschuldner als Verpächter vom Pächter eine Sicherheit bestellt wurde, so ist, wie auch das preuss. Obertrib. in einem Urt. vom 18. September 1868 (Striethorst. Bd. 71 S. 329) angenommen hat, der Anspruch auf Rückgabe dieser Sicherheit nicht als Masseanspruch, sondern lediglich als Konkursforderung anzusehen, weil die Verpflichtung zur Rückgabe schon durch die Empfangnahme der Sicherheitsleistung begründet worden war, also nicht aus der Zeit stammt, für welche der Vertrag aus der Masse zu erfüllen ist.[5]) Aus demselben Grunde muss aber auch der Anspruch des Verpächters, den dieser gegen den Gemeinschuldner als Pächter auf Ersatz der fehlenden Bestandteile des Pachtinventars geltend macht, sofern er aus der Zeit vor der K.-E. herrührt, als Konkursforderung angesehen werden. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars ist ebenso wie diejenige zur Rückgabe der geleisteten Sicherheit im Augenblick

[1]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 609; Willenbücher S. 108 Nr. 2 a.; v. Wilmowski S. 241 Nr. 3. A. M. Endemann S. 365.

[2]) O.-L.-G. Köln 8. Nov. 1884, rhein. Arch. Bd. 75 II. S. 52.

[3]) Endemann S. 366; Meisner S. 216 Anm. 2; v. Sarwey S. 470, 471; Stieglitz S. 361; v. Wilmowski S. 242; v. Völderndorff Bd. 1 S. 610; R.-G. (I.) 22. Mai 1880, Entsch. Bd. 2 S. 262 ff., bes. S. 264.

[4]) R.-G. (V.) 8. Dez. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 174, 175.

[5]) Fitting § 14 Anm. 19; v. Sarwey S. 429, 471, 472; v. Völderndorff Bd. 1 S. 610; Willenbücher S. 108 Nr. 2 b.; v. Wilmowski S. 242.

der Übernahme, die Verbindlichkeit zum Ersatz wegen etwaiger Verschleuderungen oder Verschlechterungen aber in dem Augenblicke entstanden, in welchem diese vorgenommen wurden, wenn auch die Forderung erst nach Beendigung des Pachtverhältnisses geltend gemacht werden kann. Das preuss. Obertrib. hat zwar am 1. März 1882 (Entsch. Bd 67 S. 73) erkannt, dass der Anspruch auf Ersatz der fehlenden Bestandteile eine Masseschuld begründe, gleichviel ob er vor oder nach der K.-E. entstanden sei. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden und steht insofern im Widerspruch mit der Entscheidung vom 18. September 1868, als darin gesagt ist, die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars entstehe erst mit der Beendigung des Pachtverhältnisses. Im allgemeinen ist es gleichgültig, ob der Verpächter Eigentümer des Inventars geblieben ist und ein Aussonderungsrecht sowie Ersatzansprüche geltend macht, oder ob der Gemeinschuldner zur Zeit der K.-E. durch Eisernviehvertrag in seiner Eigenschaft als Pächter Eigentümer war und nur zur Zurückgabe in gleicher Menge und Güte verpflichtet ist. Die Forderung des Pächters war jedenfalls schon zur Zeit der K.-E. bedingt oder befristet entstanden. Nur insofern besteht ein Unterschied, als lediglich im ersten Falle von einem nach der K.-E. entstandenen, die Entschädigungsforderungen begründenden, Mangel die Rede sein kann. In diesem Falle besteht eine Verpflichtung zur Aussonderung der in Natur vorhandenen, dem Pächter gehörigen Stücke und zu Schadenersatz, im zweiten Falle nur eine solche zur Rückgewähr der gleichen Menge von Inventarstücken in gleicher Güte. Etwaige Mängel sind jedenfalls entstanden, als der Gemeinschuldner Eigentümer war. Auf die Entstehungszeit kommt es hiernach nicht an.[1])

IV. Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

Wenn die Masse ohne Rechtsgrund bereichert worden ist und deshalb ihr gegenüber ein Anspruch besteht, so ist dieser nach Z. 3 als Masseanspruch anzusehen. In einzelnen Fällen hat die K.-O. ausdrücklich die Verpflichtung des K.-V. festgestellt, die in die Masse gelangte Gegenleistung, soweit eine Bereicherung vorliegt, herauszugeben bezw. dafür Ersatz zu gewähren (§§ 6, 31, 38). Aber auch in andern Fällen, in denen ein Bereicherungsanspruch nach dem bürgerlichen Rechte dem K.-V. gegenüber besteht, muss § 52 zur Anwendung kommen. In den Mot. (S. 246) wurden als Beispiele solcher Fälle angeführt: „Die Pflicht zur Erstattung nützlicher Auslagen an den Vindikationsbeklagten oder zur Erstattung anderer ad promovendam massam gemachter Auslagen.“ Damit die Anwendung der Vorschrift gerechtfertigt ist, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Es muss zunächst ein Bestandteil eines fremden Vermögens in die Masse geflossen, d. h. der fremde Vermögensbestandteil muss in denjenigen Teil des dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögens gelangt sein, welcher die Masse bildet. Demnach gehören nur solche Bereicherungen hierher, welche nach der K.-E. erfolgt sind, denn vorher hat eine Masse nicht bestanden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Gegenstand, welcher die Bereicherung bilden soll, in die Hände des K.-V. gelangte, denn was der Gemeinschuldner selbst erhielt, enthält eine Bereicherung der Masse nicht. Nur eine Konkursforderung ist sonach begründet, wenn von dem Gemeinschuldner oder den Vertretern seines Nachlasses eine fremde Sache verkauft und der Erlös vor der K.-E. vereinnahmt, oder wenn von einer dieser Personen eine dem Gemeinschuldner nicht geschuldete Zahlung angenommen oder die Gegenleistung aus einem mit dem Gemeinschuldner geschlossenen, vom K.-V. mit Erfolg angefochtenen, Vertrage eingezogen wurde (M. a. a. O., Bem. 2 zu § 38 und Bem. zu § 31).[2])

[1]) Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 472, 473; Stieglitz S. 360; Willenbücher a. a. O.; v. Wilmowski S. 242. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 611 u. Wengler S. 366, welche sich dem Obertrib. angeschlossen haben.

[2]) Das preuss. Obertrib. entschied am 22. Juni 1871 (Striethorst, Bd. 82 S. 228 ff.), dass die an den Erben des Gemeinschuldners auf eine nicht bestehende Schuld geleistete Zahlung einer

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist die, dass der fremde Vermögensbestandteil ohne Rechtsgrund in die Masse geflossen ist. Der Anspruch auf Entschädigung für die Leistung aus einem unanfechtbaren Vertrage begründet sonach keine Masseschuld, wenn die Gegenleistung infolge der K.-E. unterblieben war (§ 21). Dagegen ist die Masse bereichert, wenn der K.-V. einen Gegenstand, bezüglich dessen ein Absonderungsrecht begründet war, veräussert und den Kaufpreis vereinnahmt hat. Ob dieses Absonderungsrecht bereits geltend gemacht war, ist unerheblich, denn es kommt nur darauf an, ob die Absonderung sachlich gerechtfertigt war, die Verwendung des Kaufpreises sonach „ohne Rechtsgrund" erfolgte, nicht darauf, ob dem K.-V. ein Verschulden zur Last fällt. Zur Veräusserung würde dieser auch nach der Geltendmachung des Absonderungsrechtes befugt gewesen sein. Auf die Zeit der Geltendmachung kann es sonach nicht ankommen.[1])

§ 53.

Sobald sich herausstellt, dass die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, tritt eine verhältnismässige Befriedigung derselben in der Weise ein, dass zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind.

(E. § 53; M. S. 247—250; K. S. 49; pr. K.-O § 45).

1) Die Massegläubiger stehen weder untereinander noch mit den K.-Gl. in einer Gemeinschaft. In der Regel, d. h. so lange der in § 53 vorgesehene Fall (Bem. 2) nicht vorliegt, kann jeder Massegläubiger, welcher Art auch seine Forderung sei, sobald diese fällig ist, deren Befriedigung vom K.-V. verlangen. Er braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass er, weil keine Mittel oder noch andere ihm vorgehende Massegläubiger vorhanden seien, damit hingehalten wird. Die Vorschriften, welche für die K.-Gl. gelten, sind für die Massegläubiger, welche sich an dem Verteilungsverfahren nicht zu beteiligen haben, nicht maassgebend. Die §§ 10—12 hindern daher nicht die gesonderte Verfolgung der Masseansprüche, insbesondere nicht Klage, Arrest und Pfändungen. In § 45 pr. K.-O. war dies ausdrücklich ausgesprochen. Diese Vorschrift wurde aber als selbstverständlich nicht in die K.-O. aufgenommen (M. S. 248, vergl. jedoch Bem. 3). Wenn dem Verpächter oder Vermieter bezüglich des nach der K.-E. fällig gewordenen Pacht- bezw. Mietzinses an den eingebrachten Sachen nach Landesrecht ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Vorrecht zusteht, kann er diese Rechte jedoch dem K.-V. gegenüber geltend machen. Nach § 41 Z. 4 erstreckt sich das Absonderungsrecht auch auf den laufenden Zins, worunter nur der seit der K.-E. laufende verstanden werden kann (Bem. II. 4 zu § 41). Überhaupt muss bei Feststellung der für die Befriedigung von Massegläubigern verfügbaren Mittel der Erlös aus Gegenständen eines Absonderungsrechtes insoweit abgezogen werden, als er für die Befriedigung des betr. Absonderungsberechtigten erforderlich ist.[2])

Zahlung an den Gemeinschuldner gleichstehe und nur eine Konkursforderung begründe. Am 9. Jan. 1872 (Entsch. Bd. 66 S. 299 ff.), wurde erkannt, dass die Veräusserung einer im Nachlasse befindlichen Sache und die Einziehung des Erlöses durch das Nachlassgericht einen Masseanspruch nicht bewirke, weil der Erlös in die Nachlassmasse geflossen sei.

[1]) A. M. v. Sarwey S. 474.

[2]) R.-G. (II.) 18. März 1890, Jur. Woch. S. 151.

Aus dem aufgestellten Grundsatze folgt, dass ein Massegläubiger, welcher für seine Forderung Befriedigung erlangte, selbst dann nicht verpflichtet ist, die erhaltene Summe zurückzugeben oder einen andern Massegläubiger zu entschädigen, wenn sich später herausstellt, dass die Masse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger hinreicht und solche Gläubiger vorhanden sind, welche ihm nach § 53 vorgehen würden. Nur wenn ein Gläubiger bezahlt wurde, nachdem es sich herausgestellt hat, dass die Masse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger zufrieden zu stellen, kann er zur Rückzahlung des zuviel Empfangenen angehalten werden (Bem. 2). Das Verhältnis ist hier ein anderes als bei dem K.-Gl., der mehr als seinen Anteil erhalten hat, und als in denjenigen Fällen, in welchen bei der Verteilung des Erlöses aus einer Zwangsvollstreckung eine Mehrzahlung stattgefunden hat. Ein Gemeinschaftsverhältnis, wie es in diesen Fällen vorliegt, besteht zwischen den Massegläubigern nicht. Deshalb kann der Massegläubiger, der aus einer unzureichenden Masse befriedigt wurde, ebensowenig zur Rückzahlung angehalten werden wie ein Gläubiger, der vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder vor Einleitung der Zwangsvollstreckung u. s. w. vom Schuldner Zahlung erhalten hat.

2) Wenn die Masse sich als unzureichend erweist, tritt grundsätzlich eine verhältnismässige Minderung der Masseforderungen nicht ein. Vielmehr erfolgt dann die Verteilung in Gemässheit einer besondern Rangordnung. Nur innerhalb der einzelnen Klassen tritt unter Umständen eine Minderung ein. Diese Art der Verteilung wird aber nicht schon durch den Umstand begründet, dass in einem beliebigen Zeitpunkt der Betrag der verfügbaren Gelder geringer ist als derjenige der Masseschulden und Massekosten. Vielmehr tritt sie erst dann ein, wenn die Unzulänglichkeit der Masse unter Berücksichtigung des Wertes aller, auch der noch nicht versilberten, Massebestandteile endgültig festgestellt ist. Ob es sich in einem bestimmten Augenblicke bereits herausgestellt hatte, dass die Masse zur Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreiche, hat im Falle eines Streites das Prozessgericht zu entscheiden. Wird die Frage bejaht, so tritt damit für die Massegläubiger, welche nach dem in Frage stehenden Zeitpunkte noch Zahlung erhalten hatten, die Verpflichtung ein, das zuviel Erhaltene zurückzuzahlen. Von diesem Zeitpunkte an ist zwischen den Massegläubigern eine Gemeinschaft begründet und müssen die in § 53 aufgestellten Grundsätze bezüglich der Befriedigung derselben maassgebend sein. Dies gilt auch für Schiffe und soweit es sich um ausländische Gläubiger handelt, gegenüber allen. Im allgemeinen ist für die Rangordnung bei der Verteilung im Kv. oder Zwangsvollstreckungsverfahren das am Ort des K.-Gl. geltende Recht maassgebend. Die Rangordnung muss aber auch allen Gläubigern gegenüber eine einheitliche sein, wenn sie durchführbar sein soll.[1]) Der K.-V. kann, wenn er dem § zuwidergehandelt hat, persönlich zu Schadensersatz angehalten werden.

3) Sofern der in Bem. 2 erörterte Fall eingetreten ist, hört die Befugnis und Verpflichtung des K.-V., jeden Befriedigung fordernden Massegläubiger zu bezahlen, auf. Von diesem Zeitpunkte an haben die Massegläubiger auch nicht mehr das Recht, gesondert Zwangsvollstreckung in Massegegenstände zu betreiben. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze gesagt. Aber ohne die erwähnte Beschränkung lässt sich § 53 überhaupt nicht vollziehen. Die ungeachtet des Eintritts des erwähnten Zeitpunktes vorgenommenen Vollstreckungshandlungen sind hiernach als unwirksam anzusehen. Was ein Massegläubiger nach Feststellung der Unzulänglichkeit durch Zahlung seitens des K.-V. oder infolge einer Zwangsvollstreckung erlangt hat, kann der K.-V. wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.[2]) Den übrigen Massegläubigern steht ein solches Rückforderungsrecht nicht

[1]) R.-G. (III.) 25. (nicht 15.) Nov. 1890, Jur. Woch. 1891 S. 10 Nr. 26 u. Schl.-Holst. Anz. 1891 S. 57.

[2]) Dernburg Bd. 2 § 117 Anm. 33; Endemann S. 368; Fitting § 14 Anm. 24; Hullmann S. 201; Meves S. 79; v. Sarwey S. 477; Stieglitz S. 363 Nr. IV; v. Völderndorff Bd. 1 S. 612, 613 Anm. 1; Willenbücher S. 110 Nr. 3; v. Wilmowski S. 244 a. E. A. M. Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 742, 743.

zu, weil das zuviel Bezahlte nicht aus ihrem Vermögen, sondern aus dem des Gemeinschuldners entnommen wurde, dieses aber lediglich der Verfügung des K.-V. untersteht.[1]) Die bereits vor der Feststellung der Unzulänglichkeit vorgenommenen Pfändungen verlieren durch diese Feststellung ihre Wirkung nicht, gewähren vielmehr ein Recht auf abgesonderte Befriedigung.[2]) Die Massegläubiger, welche sich durch Pfändung Sicherung verschafft haben, nehmen gegenüber den übrigen Gläubigern dieser Art dieselbe Stellung ein, wie andere Absonderungsberechtigte gegenüber den K.-Gl. Sie müssen den Überschuss aus dem Erlöse zur Masse liefern und haben wegen eines Ausfalls, der sich bei der abgesonderten Befriedigung ergiebt, den Anspruch auf diejenige Befriedigung, welche ihnen § 53 gewährt (§ 57).

Die bei Feststellung der Unzulänglichkeit vorhandenen Mittel hat der K.-V. in der Weise zu verwenden, dass:

a. zunächst die vorhandenen Masseschulden,

b. sodann die zur Bestreitung der Massekosten aus fremden Mitteln aufgewendeten baren Auslagen,

c. die übrigen Massekosten bestritten werden und erst dann

d. der Rest zur Auszahlung der dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligten Unterstützung verwendet wird.

Bezüglich des Begriffs von „Masseschulden“ und „Massekosten“ vgl. Bem. I. zu § 52. Das Vorrecht der Masseschulden vor den Massekosten soll verhüten, dass der letzte zur Befriedigung von Gläubigern verfügbare Rest der Masse durch Gerichtskosten aufgezehrt werde (§§ 99 und 190).

4) Sind die Voraussetzungen des § erfüllt, so hat der K.-V. die Massegläubiger nach der im Gesetze vorgeschriebenen Reihenfolge zu befriedigen und, soweit eine bestimmte Klasse nicht vollständig befriedigt werden kann, die Forderungen nach dem Verhältnisse ihres Betrages zu berichtigen. Ein besonderes Verteilungsverfahren ist nicht vorgeschrieben. Auch kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber ein solches wollte, weil er sonst besondere Bestimmungen getroffen oder auf die §§ 137 ff. verwiesen hätte. Diese §§, insbes. die §§ 138 und 149 sind hiernach nicht zur entsprechenden Anwendung zu bringen.[3]) Falls Streit über die Art der Verteilung entsteht, muss es in Ermangelung besonderer Bestimmungen den Massegläubigern überlassen bleiben, ihre Rechte im Prozesswege (durch Feststellungsklage) zu verfolgen. Der K.-V. muss dann die streitigen Beträge hinterlegen.[4])

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

(§§ 54—63.)

Vorbemerkungen.

Welche Personen als K.-Gl. anzusehen sind, bestimmt § 2, bei dessen Erläuterung auch die rechtliche Stellung dieser Gläubiger und deren Verhältnis untereinander erörtert worden ist. Im 8. Titel wird die Frage, welche Forderungen im Kv. geltend gemacht werden können, nur noch durch § 56 berührt, der gewisse Forderungen hiervon ausschliesst.

[1]) V. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller, bes. Hullmann u. v. Völderndorff.

[2]) V. dag. O.-L.-G. Köln 8. Nov. 1884, rhein. Arch. Bd. 75 II. S. 52.

[3]) Endemann S. 368; Meisner S. 219; v. Sarwey S. 477; v. Völderndorff Bd. 1 S. 614 lit. e.; v. Wilmowski S. 244; R.-G. (II.) 18. März 1890, Bolze Bd. 9 Nr. 946; Jur. Woch. 1890 S. 151 Nr. 5. A. M. Fitting § 14 Anm. 26; Hullmann S. 201; Stieglitz S. 363; Wengler S. 369.

[4]) Stieglitz S. 110 Nr. 2 a. E. und v. Wilmowski S. 244. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 614, welcher Anrufung des Konkursgerichtes und Beschwerde gegen dessen Entscheidung zulassen will.

Im übrigen wird die Art und Weise geregelt, in welcher die einzelnen Konkursforderungen zu berücksichtigen sind. Zunächst werden in § 54 die von der K.-O. noch beibehaltenen Vorzugsrechte bestimmt; sodann wird in § 55 das Verhältnis der Kosten, Vertragsstrafen und Zinsen zur Kapitalsforderung festgesetzt. In § 57 wird die Art der Befriedigung solcher Konkursforderungen geregelt, denen ein Absonderungsrecht zur Seite steht, in den §§ 58—60 die Behandlung der betagten oder bedingten Forderungen. In § 61 wird von den Forderungen, für welche mehrere Personen samtverbindlich haften, in den §§ 62 und 63 von den Forderungen gehandelt, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind oder bei denen wiederkehrende Hebungen in Frage stehen.

§ 54.

Die Konkursforderungen werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

1. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder andern Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten;
2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 als fällig gelten; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschussweise zur Kasse entrichtet hat;
3. die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;
4. die Forderungen der Ärzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmässigen Gebührnisse nicht übersteigt;
5. die Forderungen der Kinder und der Pflegbefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht

binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist;

6. alle übrigen Konkursforderungen.

(E. § 54; M. S. 250—268; K. S. 49—53, 150—152; pr. K.-O. §§ 72—82).

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Bei Aufstellung des Entwurfes war die Auffassung maassgebend, dass die den einzelnen K.-Gl. zustehenden Vorrechte sowohl für das Kv. selbst, das dadurch zu verwickelt und schleppend werde, als für die Kreditverhältnisse vom Übel seien, und die Beseitigung aller Vorrechte das letzte Ziel der Gesetzgebung sein müsse. Deshalb wurden nur einzelne Vorrechte als Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatze der Gleichberechtigung aller K.-Gl. aufgestellt. Auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung kommt es hierbei nicht an. Die Vorrechte sind vielmehr auch in Ansehung solcher Forderungen begründet, welche schon vor dem Inkrafttreten der K.-O. entstanden sind und mit denen nach der frühern Gesetzgebung kein Vorrecht oder ein schwächeres verknüpft war. Da die von der K.-O. eingeräumten Vorrechte und der mit ihnen verbundene Rang in der Beschaffenheit der Forderung ihren Grund haben, erlangen die bevorzugten Gläubiger durch diese Anwendung des Gesetzes nicht einen ungerechtfertigten Vorteil. Jedenfalls muss in einem nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Kv. die K.-O. einschliesslich des § 54 auf alle im Verfahren in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahmebestimmung getroffen hat (§ 8 E.-G.).[1] Auf ein ausserhalb des Kv. stattfindendes Verteilungsverfahren kann § 54 natürlich nur dann zur Anwendung kommen, sofern ein besonderes Gesetz diese vorschreibt.[2])

2) Die sich auf vertragsmässige Einräumung gründenden allgemeinen Vorzugsrechte, sowie die Generalhypotheken wurden beseitigt. Die besondern Pfandrechte gehören nicht in das Kv., bewirken vielmehr die abgesonderte Befriedigung aus den verhafteten Gegenständen (§§ 3, 39—45). Daher blieb nur für eine einzige Klasse von allgemeinen gesetzlichen Vorrechten oder Bevorrechtigungen Raum (M. S. 252). Die in einer Ziffer aufgezählten Forderungen haben den Vorrang vor denjenigen, welche unter einer spätern Ziffer stehen. Die unter eine und dieselbe Ziffer gehörigen Gläubiger kommen dagegen nebeneinander zum Zuge, so dass bei Unzulänglichkeit der Masse eine verhältnismässige Minderung aller derartigen Forderungen eintritt.

3) Der K.-V. hat die Vorrechte nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag zu berücksichtigen (beneficia non obtruduntur).[3]) Deren Anmeldung (§ 127) hat unter Angabe des Grundes und Bezeichnung der Rangklasse spätestens im Prüfungstermine zu erfolgen. Ist diese Bezeichnung unterblieben, so ist die Forderung als einfache Konkursforderung (§ 54 Z. 6) zu behandeln[4].) Wurde die ohne Vorrecht angemeldete Forderung als unstreitig festgestellt, so kann die Anmeldung des Vorrechtes nicht mehr nachgeholt werden. Vielmehr steht der nachträglichen Geltendmachung die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache (§ 133 Abs. 2) im Wege.[5]) Der Rang eines Vorrechtes ist ebenso wie

[1]) R.-G. (II.) 7. Dez. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 41 ff.

[2]) Württemb. Jahrb. Bd. 1 S. 94 Nr. 8 und S. 116, 117.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 328 § 123 a. E. und R.-G. (II.) 13. Jan. 1888, Entsch. Bd. 20 S. 412 ff.

[4]) O.-L.-G. Colmar 25. April u. R.-G. (II.) 24. Juni 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 481 ff.

[5]) R.-G. (II.) 13. Jan. 1888 a. a. O.

dessen Bestand auch dann nach der deutschen K.-O. zu beurteilen, wenn die Forderung selbst im Auslande entstanden ist und unter der Herrschaft des ausländischen Rechtes steht.[1]) Einer Änderung der Rangordnung durch die Landesgesetze steht § 4 des E.-G. entgegen. Aber auch Privatvereinbarungen bezüglich des Rangverhältnisses sind ausgeschlossen, da die einzelnen Vorrechte in der Beschaffenheit der bevorrechtigten Forderungen ihren Grund haben und an diesen haften.

4) Die Vorrechte des § 54 haben teils in der Rücksicht auf das öffentliche Wohl, teils in der besonderen Schutzbedürftigkeit gewisser Gläubiger ihren Grund (M. S. 254). Weitere Vorrechte giebt es nicht; insbesondere nicht ein Vorrecht der Ehefrau für ihr Beibringen, ein Vorrecht in Ansehung des für den Lebensunterhalt des Gemeinschuldners gemachten Aufwandes und der Kosten von dessen Beerdigung. Auch wenn das Begräbniswesen der politischen Gemeinde oder der Kirchenverwaltung übertragen ist und für die Beerdigung bestimmte Gebühren an die Gemeindekasse bezw. Kirchenkasse bezahlt werden müssen, kann hierfür ein Vorrecht nicht beansprucht werden. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Bezahlung einer öffentlichen oder kirchlichen Abgabe (§ 54 Z. 2 und 3), sondern um eine privatrechtliche Forderung für eine gewerbliche Leistung. Die geschuldete Gebühr hat dieselbe rechtliche Natur wie die Vergütung, welche für die Leistungen der Post oder einer Staatseisenbahn zu entrichten ist.[2]) Von den Kosten der Beerdigung sind die Gebühren für die dabei vorzunehmenden geistlichen Amtshandlungen zu unterscheiden. Wegen dieser Gebühren vergl. Bem. IV. 2. Während im ersten Entwurfe (§§ 61, 62) nur zwei Vorrechte beibehalten waren, wurde deren Zahl durch den Bundesrat auf sieben erhöht. Die Vorrechte zugunsten der Reichskasse, der Staatskassen u. s. w., sowie der Kirchen und Schulen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Abgänge aus einer von ihm geführten Vermögensverwaltung wurden aber später gestrichen (K. S. 52). Erweitert wurde das Vorrecht der Z. 1 durch § 55 des Krankenversicherungsges. zugunsten rückständiger Beiträge.

5) Aus der Fassung des Abs. 1 („Konkursforderungen") geht hervor, dass die Vorrechte an der Forderung haften, also auch dann geltend gemacht werden können, wenn die Forderung auf eine andere Person übertragen wurde, welche zu keiner der im § aufgezählten Klassen gehört. Diese Frage ist nicht nach dem Landesrechte zu entscheiden.[3]) Die einfache Übertragung der Forderung genügt somit, um den Erwerber zur Geltendmachung des Vorrechtes zu berechtigen, so dass es einer besondern Übertragung dieses letztern nicht bedarf. Ob die blosse Befriedigung eines bevorrechtigten Gläubigers ohne besondere Übertragung der ihm zustehenden Forderung dem Zahlenden das mit der bezahlten Forderung verbundene Vorrecht verschafft, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften, nach denen die Frage zu beurteilen ist, ob die bezahlte Forderung kraft Gesetzes auf den Zahlenden übergeht, ohne dass es in dieser Beziehung einer Übertragung bedarf.[4]) So verhält sich die Sache nach dem pr. A. L.-R. I. 14 §§ 338, 339 und I. 16 §§ 46, 47.[5])

[1]) v. Bar S. 578; v. Sarwey S. 480; Willenbücher S. 112 Nr. 1 b.; v. Wilmowski S. 246; R.-G. (I.) 18. Febr. 1880, Entsch. Bd. 1 S. 322; (III.) 25. Nov. 1890, Jur. Woch. 1891 S. 10 Nr. 26; Schl.-Holst. Anz. 1891 S. 57.

[2]) A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 632.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 328 § 123 a. E.; Fitting § 11 Anm. 19; v. Mandry S. 308, 309 § 28 Anm. 52; Meisner S. 224 Anm. 15; Meves S. 81; v. Sarwey S. 483 Nr. 2a.; Stieglitz S. 366; v. Völderndorff Bd. 1 S. 620; v. Wilmowski S. 247; R.-G. (III.) 3. Juli 1891, Jur. Woch. S. 416. A. M. Endemann S. 501; Hullmann S. 203; Willenbücher S. 112 Nr. 1 d.; R.-G. (I.) 24. Nov. 1880, Entsch. Bd. 3 S. 34 ff., bes. S. 39.

[4]) Meisner S. 225 Anm. 16; Meves S. 81; v. Völderndorff Bd. 1 S. 621; v. Wilmowski S. 247.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 200 § 82 Nr. 3; Eccius Bd. 1 S. 634 § 99 Nr. 1 b. und Bd. 2 § 144 Anm. 100 und 101; pr. Obertrib. in Striethorst, Bd. 40 S. 184; R.-G. (I.) 24. Nov. 1880, Entsch. Bd. 3 S. 43 ff.

Nach rhein. Rechte findet der Eintritt in die Rechte des Gläubigers infolge der Zahlung unter bestimmten Voraussetzungen gleichfalls kraft Gesetzes statt (Art. 1251 C. c.). Das Vorrecht, welches mit einer in ein förmliches Kontokurrent eingesetzten Forderung verbunden war, darf nicht auf den Betrag des Saldo übertragen werden, denn die in einer solchen laufenden Rechnung aufgeführten Forderungen haben nicht mehr die Eigenschaft von selbständigen Ansprüchen, sondern kommen nur noch als Rechnungsgrössen in Betracht. Die Saldoforderung ist von den einzelnen in ihr aufgegangenen Forderungen verschieden. Es kann also für sie nicht das Vorrecht beansprucht werden, welches mit einer dieser Forderungen verbunden war.[1]) Ein Gläubiger kann auf sein Vorrecht verzichten und dadurch einem nachfolgenden bevorrechtigten Gläubiger den Vorrang vor seiner eigenen Forderung einräumen. Aber er kann nicht einem andern, nicht bevorrechtigten Gläubiger den Vorrang vor den übrigen K.-Gl. verschaffen. Das Vorrecht kann hiernach nicht ohne die Forderung auf einen andern übertragen werden.

II. Vorrecht für Dienstlohn u. s. w. (Z. 1).

1) Während nach § 19 die Forderungen der im § aufgezählten Personen für die Zeit nach der K.-E., solange das Dienstverhältnis fortgesetzt wird, einen Masseanspruch bilden (Bem. 4 zu § 19), kommt ihnen nach § 54 Z. 1 für das letzte Jahr vor der K.-E. und, wenn der Gemeinschuldner vor dieser gestorben ist, für den Zeitraum eines Jahres von dessen Todestag an zurückgerechnet, ein Vorrecht zu. Es kommt darauf an, dass die Forderung innerhalb der Jahresfrist entstanden war.[2]) Deshalb ist es für die Geltendmachung des Vorrechtes gleichgültig, ob das Dienstverhältnis zur Zeit der K.-E. bezw. des Todes des Gemeinschuldners noch bestanden hat oder nicht. Derjenige Teil der Forderung, welcher aus einer frühern als der im § festgesetzten Zeit stammt, kann dagegen nicht berücksichtigt werden. Dass im Falle des Todes des Gemeinschuldners das Vorrecht auch für denjenigen Dienstlohn u. s. w. besteht, der in der Zeit zwischen dem Todestag und der K.-E. erworben wurde, ist unzweifelhaft. Für den Fall des Todes des Dienstherrn sollte lediglich die Frist erweitert werden, damit das Vorrecht nicht durch eine längere andauernde Regelung des Nachlasses verloren gehe. Es besteht sonach kein Grund, warum das Vorrecht für die Zeit nach dem Tode des Gemeinschuldners beseitigt sein soll.[3]) Den Zeitraum eines Jahres nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§ 77) für den Fall weiter auszudehnen, dass von dem Berechtigten bereits der Weg der Klage beschritten worden war, wurde für überflüssig gehalten. Forderungen der erwähnten Art, welche sich auf die Zeit nach der K.-E. erstrecken, sind entweder als Masseforderungen zu behandeln (§§ 19 und 52) oder können, sofern das Verhältnis vom Gemeinschuldner selbst fortgesetzt wird, im Kv. überhaupt nicht geltend gemacht werden.

2) Bezüglich der Frage, welchen Personen ein Vorzugsrecht zukommt, bezw. welcher Art das Dienstverhältnis gewesen sein muss, damit § 54 Anwendung findet, ist auf die Bem. 1—3 zu § 19 zu verweisen, welche hier gleichfalls zutreffen. Hiernach ist das Vorzugsrecht der Z. 1 auch dann begründet, wenn die in Frage stehenden Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind und dem K.-V. gar nicht geleistet werden können. Der Wortlaut ist in beiden §§ gleich. Ausserdem muss, wenn der K.-V. verpflichtet ist, das Dienstverhältnis bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist fortzusetzen (Bem. 2 zu § 19), um so mehr angenommen werden, dass wegen der früher geleisteten Dienste ein Vorrecht begründet ist. Auch ist nicht erfindlich, warum solche Personen wie Erzieher, Hauslehrer u. s. w. hier ausgeschlossen sein sollen, während es sich wohl er-

[1]) R.-G. (II.) 16. Nov. 1880, Entsch. Bd. 3 S. 17 ff.

[2]) R.-G. (VI.) 10. Jan. 1889, Entsch. Bd. 22 S. 139 ff., bes. 142 ff.

[3]) Endemann S. 503; Fitting § 11 Anm. 5 und die Kommentare.

klärt, dass man bei Aufstellung des Entwurfes den K.-V. nicht zur Fortsetzung derartiger Dienstverträge nötigen wollte.[1])

3) Das Vorrecht ist durch den Abschluss eines Dienstvertrages bedingt, bei welchem der Gläubiger sich d. h. seine Erwerbsfähigkeit dem Gemeinschuldner zu dauerndem Dienste — jedoch nicht in dem beschränkten Sinne des § 4 des Ges. vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeitslohnes — auf einen längeren Zeitraum oder auf Kündigung verdungen hatte.[2]) In der Regel führt ein solches Dienstverhältnis die persönliche Botmässigkeit des Bediensteten gegenüber dem andern Teil herbei. Letzteres ist aber nicht Bedingung des Vorrechtes. Auch Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter, Handlungsgehilfen, Wirtschaftsbeamte, Förster, Schreiber, Sekretäre u. s. w., können ständige Bedienstete sein, wie sie § 54 Z. 1 voraussetzt.[3]) Ein Unterschied zwischen operae liberales und illiberales war nicht beabsichtigt.[4]) Ohne Bedeutung ist es auch, ob der Bedienstete Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn zu beanspruchen hatte und in welcher Weise die Vergütung für die Dienstleistungen gewährt wurde. Nicht bloss wenn der Bedienstete einen in gewissen Zeitpunkten zu zahlenden nach Arbeitsstunden oder nach Stückarbeit berechneten Lohn erhielt, sondern auch wenn die Vergütung in Form einer Pauschsumme oder eines Gewinnanteils gewährt worden ist, hat § 54 Z. 1 Anwendung zu finden. Selbst dem Meister, welcher infolge eines Dienstmietvertrags den Lohn seiner Gehilfen im ganzen vom Unternehmer zu fordern hat, steht das hier gewährte Vorrecht zu.[5]) Dagegen können Arbeiter, welche dem Gemeinschuldner nur einzelne Leistungen gewährten (Tagelöhner, Lohndiener, Näherinnen u. s. w.), auch dann nicht das in Frage stehende Vorrecht geltend machen, wenn derartige Dienste häufig oder sogar mit einer gewissen Regelmässigkeit geleistet wurden und wenn die fraglichen Personen zur Zeit der Leistung Kost und Wohnung erhielten.

4) Das Vorrecht der Z. 1 ist nicht auf den eigentlichen in barem Gelde zu zahlenden Dienstlohn beschränkt, sondern ergreift alle Bestandteile der vertragsmässigen Vergütung, insbesondere die in Naturalleistung, Kostgeld, Taggeldern, Dienstkleidung, Stamm- und Schussgeldern, vertragsmässig bedungenen Weihnachts- oder Messgeschenken, bestehenden Nebenbezüge, ebenso Gewinnanteile, welche Handlungsgehilfen oder Reisenden zustehen.[6]) Dagegen sind nicht mit dem Vorrecht ausgestattet diejenigen Forderungen aus dem Dienstverhältnisse, welche nicht die Eigenschaft von Dienstbezügen d. h. eines Entgelts für gewährte Dienste haben, sondern nur mittelbar mit dem Dienstverhältnisse zusammenhängen. Hierher gehören z. B. Ersatzansprüche für im Dienst gemachte Auslagen (selbst wenn der Ersatz hierfür in einer Pauschsumme besteht) und Schadenersatzforderungen wegen im Dienst erlittener Verletzungen oder wegen vorzeitiger Kündigung. Bezüglich der Forderungen der letztern Art wurde die Gewährung eines Vorrechtes auch aus dem Grund für überflüssig gehalten, weil die Kündigungsfrist (§ 19) den Bediensteten gegen Willkür schütze (M. S. 266, 267).

III. Vorrecht wegen öffentlicher Abgaben. (Z. 2).

1) Die Z. 2 bezieht sich auf öffentliche Abgaben jeder Art, seien sie direkte oder indirekte, gestundet oder nicht gestundet, regelmässig wiederkehrend oder nicht. Dagegen erstreckt sie sich nicht auf andere Forderungen der Staatskassen u. s. w., insbesondere

[1]) Fitting § 11 Anm. 6; Hullmann S. 204 ff.; Meisner S. 226; Stieglitz S. 368; v. Völderndorff Bd. 1 S. 622 Anm. 13; v. Wilmowski S. 104, 248. A. M. v. Sarwey S. 485 ff. und Wengler S. 379.

[2]) O.-L.-G. Berlin 12. Nov. 1889, Berl. Bl. Bd. 1 S. 4.

[3]) R.-G. (I. H.-S.) 18. Nov. 1879, Gruchot Bd. 24 S. 526; (V.) 6. Dez. 1890, Entsch. Bd. 27 S. 226.

[4]) A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 275 und 623 Anm. 20.

[5]) R.-G. (III.) 10. Mai 1881, Entsch. Bd. 4 S. 423 ff.

[6]) O.-L.-G. Köln 21. März 1883, rhein. Arch. Bd. 74 I. S. 3.

nicht auf Ansprüche wegen Gerichtskosten oder Gebühren. Bezüglich der gewöhnlichen Forderungen der Staatskasse wurde in den Mot. (S. 255, 256) bemerkt, diese befinde sich gegenüber den Personen, mit welchen sie Lieferungsverträge oder Verträge anderer Art abschliesse, nicht in ungünstigerer Lage wie Privatpersonen. In Ansehung der Gerichtskosten und der Gebühren anderer Behörden, welche an sich auch zu den öffentlichen Abgaben im weitern Sinne des Wortes gerechnet werden können, wurde dort hervorgehoben, kein Vorrecht des Fiskus sei so drückend, wie dasjenige wegen der Kosten, durch das oft der grösste Teil unzureichender Massen weggenommen werde; auch geniesse der Staat ohnehin eine bevorzugte Stellung durch die Möglichkeit sofortiger Zwangsvollstreckung und das vielfach bestehende Recht auf vorschussweise Einziehung. Diese Ausführungen, gegen welche im Laufe der Gesetzgebungsverhandlungen keinerlei Widerspruch erhoben wurde, lassen erkennen, dass der Ausdruck „öffentliche Abgaben" in der K.-O. in einem engern Sinne gebraucht wird, nach welchem bloss solche Leistungen hierher gerechnet werden, welche ohne Rücksicht auf bestimmte Gegenleistungen seitens des Staates lediglich zu dem Zwecke der Erfüllung einer allgemeinen Unterthanenpflicht von den Unterthanen verlangt werden. Es sind hiernach Gebühren für die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen eine Pauschalvergütung für bestimmte Leistungen der Behörden in Frage stehen, ebensowenig als bevorrechtigt anzusehen, wie die Gerichtskosten selbst. Insbesondere gehören auch die besondern Gebühren für die Verlassenschaftsbehandlung nicht hierher, während die Erbschaftssteuer unter den Begriff der öffentlichen Abgabe fällt. Dafür, dass dieser Ausdruck hier in seiner engern Bedeutung gebraucht wurde, spricht auch der Umstand, dass den Vorschriften der K.-O. offensichtlich das Bestreben zu Grund liegt, die Vorrechte thunlichst zu beschränken. Der Auffassung, dass derjenige Begriff der öffentlichen Abgaben maassgebend sei, von dem die Gesetzgebung des Landes ausgehe, in welchem das Kv. eröffnet worden sei, steht entgegen, dass durch die K.-O im wesentlichen einheitliches Recht für ganz Deutschland geschaffen werden sollte und deshalb ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden darf, dieselbe Gebühr solle in dem einen Land ein Vorrecht geniessen, in dem andern nicht. Auch sprechen die in den Mot. enthaltenen Ausführungen entschieden gegen jene Auffassung und dafür, dass dem Gesetze ein bestimmter Begriff der öffentlichen Abgaben zu Grunde liegt.[1])

2) Nach Z. 2 können nur solche Forderungen an öffentlichen Abgaben in Betracht kommen, welche zur Zeit der K.-E. bereits entstanden sind. Weil manche Abgaben, obgleich die Verpflichtung zu deren Entrichtung bereits besteht, noch nicht beigetrieben werden können, wurde ausdrücklich bestimmt, dass deren Fälligkeit nicht vorausgesetzt wird. In den Mot. (S. 254, 255) wurde besonders auf die Tabaksteuer, Maischsteuer und Rübenzuckersteuer Bezug genommen. Wird das Vorrecht wegen einer noch nicht fälligen Forderung geltend gemacht, so sind nach § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug zu bringen.[2]) Der Schlussatz der Z. 2 stammt aus der pr. K.-O. (§ 73) und soll die Annahme ausschliessen, dass das Vorrecht verloren gehe, wenn der Steuererheber die Steuer aus seinen Mitteln der Staatskasse vorgeschossen hat (K. S. 50). In den Mot. zur pr. K.-O. war bemerkt: „Muss

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 327 § 123 Nr. 2; Endemann S. 503; Fitting § 11 Anm. 8 a. E.; Kohler S. 337; Meisner S. 113 Nr. 3b; v. Völderndorff Bd. 1 S. 628, 629 und in Buschs Z. Bd. 3 S. 349 ff.; v. Wilmowski S. 248, 249 Nr. 4; R.-G. (II.) 11. Mai 1888, Entsch. Bd. 21 S. 46 ff., bes. S. 49, 50; Die Auffassung, nach welcher das Landesrecht, abgesehen von den Gerichtskosten, maassgebend ist, vertreten Stieglitz S. 371 Nr. II. 2; O.-L.-G. München 29. Okt. 1881 und das bayer. ob. Landesg. 8. Nov. 1881 und 11. Mai 1882, Samml. Bd. 9 S. 432 ff., bes. S. 434—437 und S. 606 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 255; Buschs Z. Bd. 6 S. 112 ff. und S. 125 ff. Vgl. auch noch in diesem Sinne bad. Ann. Bd. 50 S. 309 und Bd. 52 S. 84. Auch die Gerichtsgebühren zählt hierher: bayr. ob. Landesg. 30. Nov. 1889, Samml. Bd. 12 S. 476 ff.

[2]) Fitting S. 97 § 11 Anm. 7; Hullmann S. 206; v. Völderndorff Bd. 1 S. 630 Anm. 44; Willenbücher S. 113 Nr. 3c.; v. Wilmowski S. 249 Nr. 5. A. M. Meves S. 82.

der Steuererheber die Restanten vorschussweise zur Kasse entrichten, so ist dies nur eine vorläufige Deckung der Kasse, durch welche in der Person des Berechtigten dem Steuerpflichtigen gegenüber nichts geändert wird."

3) Die Erbschaftssteuern bilden nur eine Schuld der Erben, nicht eine solche des Erblassers (Bem. III. 1 zu § 2 S. 19); die Staatskasse kann deshalb nur im Konkurse eines Erben die Sterbfallgebühr anmelden und ein Vorrecht dafür geltend machen, nicht im Konkurse über das Vermögen des Erblassers bezw. über dessen Nachlass.[1]) Wenn der K.-V. bezüglich eines Grundstücks, in Ansehung dessen ein Absonderungsrecht mit Erfolg geltend gemacht wurde, die Grundsteuer oder eine andere öffentliche Abgabe bezahlen musste, so darf er von den Absonderungsberechtigten, welche um den Betrag der Abgabe bereichert worden sind, die von ihm bezahlte Summe zurückverlangen[2]) und nötigenfalls seine Forderung in dem Verteilungsverfahren anmelden. Ob er hier das Vorrecht geltend machen kann, das der Staatskasse selbst zu statten käme, wenn sie ihre Forderung hier geltend gemacht hätte, richtet sich nach dem Landesrechte.

4) Den Forderungen der Reichskasse und der Staatskassen sind die Forderungen „der Gemeinden, Kreise und ähnlichen politischen Verbände gleichgestellt und zwar sowohl in der Bewilligung des Vorrechts für die öffentlichen Abgaben, als in der Beseitigung jedes andern Vorrechts. Auch Bezirks- und Distriktsverbände gehören hierher.

IV. Forderungen der Kirchen und Schulen sowie der öffentlichen Verbände und Feuerversicherungsanstalten. (Z. 3).

1) Nach Z. 3 kommt den Kirchen, Schulen und anderen öffentlichen Verbänden wegen der an sie zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der K.-E. gleichfalls ein Vorrecht zu. In diesen Fällen genügt es, dass die Forderung innerhalb der Jahresfrist fällig geworden ist.[3]) Das Vorrecht der Kirchen ist nicht auf die christlichen Kirchen beschränkt; vielmehr kann auch eine jüdische Religionsgemeinschaft Anspruch auf das Vorrecht haben, wenn sie nach dem öffentlichen Rechte des betreffenden Staates als „Kirche" anzusehen ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn dem Verbande, um welchen es sich handelt, die Eigenschaft einer öffentlichen Körperschaft zukommt. Religiöse Privatgesellschaften sind nicht als „Kirchen" im Sinne des § anzusehen. Auch die Privatkirchengesellschaften, zu denen die israelitischen Gemeinden jedenfalls gehören, soweit sie nicht zu den „Kirchen" zu rechnen sind, können übrigens das Vorrecht des § 54 Z. 3 als „öffentliche Verbände" beanspruchen, sofern sie die Stellung von öffentlichen Korporationen haben.[4]) Unter den Begriff der Kirche gehören ausser der Landeskirche auch die einzelnen Kirchengemeinden. Nur den öffentlichen Schulen oder Schulverbänden, nicht den Privatschulen, kommt das Vorrecht zu. Dies ergiebt sich aus der Zusammenstellung mit den Kirchen und öffentlichen Verbänden, wie aus dem Grunde des Gesetzes, als welcher in den Mot. (S. 256) „das öffentliche Interesse" bezeichnet wurde. Auch giebt es bei Privatschulen keine Abgaben, welche „nach Gesetz oder Verfassung" zu entrichten sind (Bem. 2). Zu den „öffentlichen Verbänden" gehören nur solche Verbindungen und Genossenschaften, welche kraft öffentlichen Rechtes bestehen, und solche Zwecke verfolgen, die der Staat gleichfalls in den Kreis seiner Thätigkeit gezogen hat, für welche deshalb auch Abgaben und Leistungen auf Grund des öffentlichen Rechtes zwangsweise erhoben werden dürfen. Hierher

[1]) Ldg. und O.-L.-G. Colmar 3. Febr. 1882, 19. Okt. 1883, Jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 7 S. 181, Bd. 9 S. 61.

[2]) Hullmann S. 173; v. Sarwey S. 490; Stieglitz S. 255; Willenbücher S. 113 Nr. 3b. A. M.: Endemann § 76 Anm. 25; Fitting § 11 Anm. 8 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 628 Anm. 35.

[3]) R.-G. (VI.) 10. Jan. 1889, Entsch. Bd. 22 S. 139 ff., bes. 142 ff.

[4]) Endemann S. 504; Fitting § 11 Anm. 9; v. Sarwey S. 491, 492; Stieglitz S. 372; v. Völderndorff Bd. 1 S. 630; v. Wilmowski S. 250. Bez. des preuss. Rechtes vergl. Urt. des Obertrib. vom 4. Juli 1871 (Entsch. Bd. 65 S. 448), dagegen aber Hullmann S. 206 und Wengler S. 383.

gehören beispielsweise: Verbände, denen die Gewährung öffentlicher Armenunterstützung obliegt, die Innungen, die Verbände, welche auf Grund der Reichsgesetzgebung für Zwecke der Unfall- und Krankenversicherung gebildet worden sind,[1]) Deich-, Wege- und Meliorationsverbände, Uferschutzgenossenschaften, vom Staate eingerichtete Handels- und Gewerbekammern, Anwaltskammern, Ärztekammern. Nicht hierher gehören privatrechtliche Vereine und Genossenschaften, auch wenn sie die Eigenschaft einer juristischen Person erlangt haben, wie z. B. Privatwohlthätigkeitsvereine, Verschönerungsvereine, Kunstvereine, Kreditgenossenschaften, freiwillige Feuerwehren, der Anwaltsverein, Ärztetag, Juristentag u. s. w. Die „Amts-, Kreis- und Provinzialverbände" sind unzweifelhaft auch „öffentliche Verbände", gehören aber nicht hierher, weil sie, als „politische Verbände", den Staatskassen gleichgestellt sind. Den als öffentliche Verbände anzusehenden Knappschaftsvereinen kommt das in Frage stehende Vorrecht im Konkurse der Gewerkschaft zu und zwar sowohl wegen der Beiträge, welche die Gewerkschaft als Werkbesitzerin selbst zu leisten hat, als auch bezüglich der Beiträge der Arbeiter, für welche die Gewerkschaft in der angegebenen Eigenschaft haftet.[2])

2) Das Vorrecht der öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften wurde von der Reichstagskommission anfangs ganz beseitigt und dann an die Bedingung geknüpft, dass diese zur Annahme der Versicherung verpflichtet waren (K. S. 49—52, 150—152). Ob diese Verpflichtung auf dem Gesetze oder auf den Statuten beruht, ist gleichgültig. Ebenso kommt nichts darauf an, ob der Verpflichtung der Gesellschaft auch ein Versicherungszwang bezüglich der Versicherten entspricht. Das Vorrecht kommt allen Feuerversicherungsgesellschaften der fraglichen Art zu, gleichviel ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, nicht aber andern Gesellschaften dieser Art, z. B. Hagelversicherungsgesellschaften. Die Vereinigung der bei der bayerischen öffentlichen Hagelversicherungsanstalt auf Gegenseitigkeit versicherten Personen ist jedoch nach dem bayer. Gesetze vom 13. Februar 1884 (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2) als ein öffentlicher Verband (Bem. IV. 1) anzusehen

3) Hinsichtlich der Beschaffenheit der Abgaben und Leistungen, für welche das Vorrecht beansprucht werden kann, ist zu beachten, dass das Vorrecht auf die öffentlichen Abgaben, d. h. auf solche Abgaben beschränkt ist, welche nach dem Gesetz oder Verfassung an Kirchen und Schulen entrichtet werden müssen. Für andere Forderungen von Pfarreien, Geistlichen, Schulbediensteten oder für Forderungen von Privatschulen gilt es nicht. Derselbe Gesichtspunkt greift bezüglich der öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften und Verbände durch (M. S. 256). Unter der „Verfassung" sind die Satzungen des Verbandes u. s. w. zu verstehen. Es macht aber keinen Unterschied, ob die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgaben oder zu den sonstigen Leistungen unmittelbar auf der Satzung oder auf den Beschlüssen der hiernach zuständigen Organe beruht. Ob die Leistungspflicht alle Mitglieder des Verbandes in gleicher Weise trifft, ist einerlei, ebenso ob die Leistung unmittelbar dem Verbande gegenüber oder statt dessen an einen Beamten zu entrichten ist, dem die Abgaben als Besoldungsteil zugewiesen sind. Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Kirche oder Schule bezw. der Verband als der eigentliche Bezugsberechtigte anzusehen ist. Deshalb sind die Stolgebühren der Geistlichen u. s. w. nicht durch das Vorrecht geschützt.[3])

V. Vorrecht der Ärzte, Wundärzte, Apotheker u. s. w. (Z. 4).

1) Das Vorrecht der Z. 4 hat darin seinen Grund, dass Sitte und Menschlichkeit den zu Hilfe von Kranken gerufenen Personen verbieten, ihre Hilfe davon abhängig zu

[1]) R.-G. (VI.) 10. Jan. 1889, Entsch. Bd. 22 S. 139; Ldg. Metz 30. Nov. 1884, Puchelts Z. Bd. 20 S. 126.

[2]) R.-G. (V.) 31. März 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 1992.

[3]) Endemann S. 505; v. Sarwey S. 495; Stieglitz S. 375; Willenbücher S. 114 Nr. 4b. v. Wilmowski S. 250 Nr. 7. A. M. Fitting § 11 Anm. 11; Hullmann S. 207; v. Völderndorff Bd. 1 S. 633; Wengler S. 384.

machen, ob der Kranke dieselbe sofort zu vergüten oder sicherzustellen vermöge. Seine Erkennbarkeit soll darin bestehen, dass jedermann wisse, dass in einer Haushaltung hin und wieder Krankheiten eintreten und Aufwendungen veranlassen (M. S. 257). Augenärzte, Geburtshelfer und Zahnärzte sind jedenfalls als Ärzte anzusehen. Auch die Tierärzte, welche in der Gew.-O. (§ 29) zu den Ärzten gerechnet werden, gehören aber hierher, da sie ebenfalls Forderungen für Kur- und Pflegekosten haben können und der Grund des Gesetzes auch bei ihnen zutrifft. Unsittlich und unmenschlich handelt auch derjenige, welcher ein Tier leiden lässt, obgleich er helfen könnte. Übrigens kommen bei kranken Tieren wie bei kranken Menschen neben den sittlichen auch volkswirtschaftliche Erwägungen in Betracht. Dass diese in den Mot. nicht hervorgehoben wurden, ist nicht entscheidend. Es sprechen hiernach, ausser § 29 Gew.-O., Wortlaut und Grund des Gesetzes dafür, dass die Bezeichnung „Ärzte“ im weitern Sinne verstanden wird.[1]) In allen Fällen wird übrigens vorausgesetzt, dass der in Frage stehende Arzt zur Ausübung der ärztlichen Praxis berechtigt ist. Kurpfuschern kommt das Vorrecht nicht zu. Von den Apothekern gilt dasselbe wie von den Ärzten. Was die Krankenpfleger anbelangt, so steht das Vorrecht nur solchen Personen zu, die aus der Krankenpflege ein Gewerbe machen oder sich doch berufsmässig mit derselben beschäftigen.[2]) Von Krankenhäusern und andern Anstalten (Diakonissenhäusern u. s. w.), welche regelmässig Kranke zum Zwecke der Pflege aufnehmen, kann hiernach das Vorrecht beansprucht werden.

2) Was die Beschaffenheit der Forderungen anbelangt, so gilt das Vorrecht nur für Kur- und Pflegekosten, welche in dem letzten Jahre, von der K.-E. rückwärts gerechnet, erwachsen sind. Hierzu gehören auch die Kosten für die Verpflegung des Kranken, welche einem Arzte, der Kranke in sein Haus aufnimmt (z. B. dem Inhaber einer „Augenklinik“), entstanden sind, nicht aber die Forderungen des Zahnarztes für künstliche Zähne, des Augenarztes für ein eingesetztes Auge u. s. w.[3]) Ist der Gemeinschuldner verpflichtet, einem Dritten die von diesem geschuldeten Kur- oder Pflegekosten zu ersetzen, so steht dem Dritten, selbst wenn er zufällig zu den in Z. 4 genannten Personen zählt, wegen seiner auf der Erstattungspflicht beruhenden Forderung ein Vorrecht nicht zu. Er hat nicht als Arzt, Wundarzt u. s. w. Kur- und Pflegekosten zu fordern; vielmehr entspringt seine Forderung aus einem ganz andern Rechtsverhältnisse.

3) Das Erfordernis des gemeinen und rhein. Rechtes, nach welchen nur die Kosten der letzten Krankheit, an welcher der Gemeinschuldner gestorben ist, in Betracht kommen, hat schon die pr. K.-O. (§ 76) beseitigt, und das Vorrecht auf alle den Ärzten u. s. w. „gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderungen wegen ihrer Gebührnisse“ ausgedehnt. Auf denselben Standpunkt hat sich die K.-O. gestellt. Dass es der Gemeinschuldner selbst war, der sich in Kur oder Pflege befand, ist nicht notwendig. Das Vorrecht ist auch dann begründet, wenn die Kosten durch die Erkrankung eines Familienangehörigen, Dienstboten u. s. w. entstanden sind. Hierbei wird natürlich vorausgesetzt, dass wegen dieser Kosten eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht. Die Forderung braucht aber nicht in der gesetzlichen Verpflichtung des Gemeinschuldners, für den Unterhalt der erkrankten Person zu sorgen, ihren Grund zu haben. Vielmehr muss das Vorrecht auch dann Platz greifen, wenn der Gemeinschuldner, ohne dass er gesetzlich hierzu verpflichtet ist, einen Arzt mit der Behandlung beauftragt, bezw. Arzneien bezogen oder einen Krankenpfleger bestellt hat.[4])

[1]) Endemann S. 506; v. Völderndorff Bd. 1 S. 634; v. Wilmowski S. 251 Nr. 11. A. M. bez. der Tier- und Zahnärzte: Meisner S. 228 Anm. 25, hinsichtlich der Tierärzte: Dernburg Bd. 2. § 123 Anm. 8; Fitting § 11 Anm. 12; Meves S. 83; Willenbücher S. 114 Nr. 5 a.

[2]) v. Völderndorff a. a. O.

[3]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 636.

[4]) Dernburg Bd. 2 S. 327 § 123; Meisner S. 228 Anm. 25; Meves S. 83; v. Sarwey S. 496; v. Völderndorff Bd. 1 S. 635; Willenbücher S. 114 Nr. 5 b.; v. Wilmowski S. 251 Nr. 11. A. M.; Fuchs S. 75; Hullmann S. 207; Stieglitz S. 376 Nr. IV. 3; Wengler S. 385.

Sofern für die in Frage kommenden Gebühren eine besondere Taxe besteht, kann das Vorrecht insoweit nicht in Anspruch genommen werden, als die Forderung diese Taxe übersteigt. Besteht eine solche nicht, so ist die Geltendmachung des Vorrechtes nicht etwa ausgeschlossen.[1]) Es ist vielmehr, wenn die Höhe der Forderung bestritten wird, eine gerichtliche Festsetzung erforderlich, welcher meist ein Sachverständigengutachten zu Grunde liegen wird.

VI. Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen. (Z. 5).

1) Das Vorrecht der Kinder und Mündel hat nach den Mot. darin seinen Grund, dass deren Vermögen ohne ihr Zuthun in die Hände der Eltern oder des Vormundes gelangt, das Gesetz aber eine gute Verwaltung nicht ausreichend sichern könne, sonach durch ein gesetzliches Vorrecht besondern Schutz gewähren müsse. Zu den „Pflegebefohlenen" gehören sowohl die unter Vormundschaft als die unter Pflegschaft stehenden Personen, insofern dem Pfleger die Verwaltung des Vermögens übertragen ist. Auch kommt nichts darauf an, ob die Pflegschaft in der Minderjährigkeit oder in Geistesschwäche oder in Verschwendung oder in der Abwesenheit des Pflegebefohlenen ihren Grund hat. Unter „Kindern" sind nur die Abkömmlinge ersten Grades, nicht auch Enkel, Urenkel u. s. w., zu verstehen. Den Kindern, zu welchen auch die an Kindesstatt angenommenen Personen gehören, steht das Vorrecht der Z. 5 auch dann zu, wenn sie einer Ehe zur linken Hand entsprungen oder unehelich erzeugt sind. Stiefkinder sind dagegen nicht als Kinder im Sinne des Gesetzes zu betrachten, können sonach nur dann ein Vorrecht beanspruchen, wenn sie als Pflegebefohlene anzusehen sind.[2]) In allen Fällen muss das Vermögen der Kinder nach dem Gesetze der Verwaltung des Vaters bezw. der Mutter unterworfen gewesen sein, denn die K.-O. setzt voraus, dass der Gemeinschuldner die Verwaltung als gesetzlicher Vertreter oder als gesetzlicher Nutzungsberechtigter zu führen hatte.[3]) Das Vorrecht greift hiernach Platz gegen alle staatlich bestellten Vormünder und Pfleger, gleichviel ob sie ernannt oder erwählt oder letztwillig berufen und ob sie der Aufsicht eines Organs unterworfen oder von ihr befreit sind. Ob das Vormundschaftsgericht dem Vormunde oder Pfleger die Vermögensverwaltung besonders übertragen hat, ist gleichgültig.[4]) Ferner steht das Vorrecht zu, soweit die Eltern den Niessbrauch, oder an Stelle eines Vormundes die Verwaltung des Vermögens der Kinder von Rechts wegen haben. Hat sich der Gemeinschuldner, z. B. als Vater, die Verwaltung des fraglichen Vermögens lediglich angemaasst, oder ist ihm diese Verwaltung aus freien Stücken oder infolge eines Versehens des Vormundschaftsgerichts anvertraut worden, so ist das Vorrecht nicht begründet. Die Anordnung des Gerichts kann dis gesetzliche Voraussetzung nicht ersetzen.[5]) Doch wird das Vorrecht dadurch nicht berührt, dass die einer Person, z. B. dem Ehemanne, kraft Gesetzes zustehende Verwaltung ihr durch letztwillige Verfügung nochmals übertragen worden ist.[6])

2) In welcher Weise das Vermögen des Kindes in die Verwaltung des Vaters gelangte und welche Verwaltungshandlungen dieser vornahm, ist einerlei. Es genügt, dass es nach dem

[1]) Endemann S. 506; Kohler S. 339; v. Sarwey S. 496; Willenbücher S. 115 Nr. 5 c.; v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 634 und 636 a. E., welcher der Ansicht ist, »dass nur diejenigen Gebühren in die vierte Klasse fallen, für welche eine Taxe besteht.«

[2]) Endemann S. 507; v. Sarwey S. 502; Stieglitz S. 377; Willenbücher S. 115 Nr. 6a.; v. Wilmowski S. 252. A. M. v. Völderndorff, welcher Bd. 1 S. 637 auch die Abkömmlinge fernerer Grade und die Stiefkinder hierher rechnet.

[3]) R.-G. (I.) 29. Sept. und 11. Okt. 1884, Bolze Bd. 2 Nr. 1991; bayer. ob. Landesg. 9. Nov. 1883, Samml. Bd. 10 S. 222 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 126 ff.; Bl. f. R.-A. Bd. 49 S. 121 ff.

[4]) O.-L.-G. Naumburg 29. Juni 1883, Gruchot Bd. 28 S. 857.

[5]) Kohler S. 340; Stieglitz S. 382 Anm. x.; Willenbücher S. 115 Nr. 6b.; v. Wilmowski S. 252, 253. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 638 Anm. 85.

[6]) R.-G. (I.) 29. Sept. und 11. Okt. 1884, Bolze Bd. 2 Nr. 1991.

Gesetze dessen Verwaltung unterworfen war.[1]) Hiernach steht den Kindern, wenn der Vater nach dem Tode der Mutter deren Vermögen noch in der Hand behielt, ein Vorrecht zu, obgleich die Ehefrau selbst ein solches nicht hätte beanspruchen können (K. S. 52, 53). Auch wegen Ersatzforderungen der Ehefrau des Gemeinschuldners an diesen, welche kraft Erbrechtes auf dessen Kinder oder Pflegebefohlene übergegangen sind, haben diese ein Vorrecht.[2]) Bezüglich der nach der K.-E. auf die Kinder des Gemeinschuldners übergegangenen Einbringungsforderung der verstorbenen Ehefrau steht den Kindern das Vorzugsrecht nicht zu, weil die Forderung nicht Konkursforderung ist.[3]) Auch Erbteilungsforderungen der Kinder, welche bei Auseinandersetzung mit ihrer, als Vormünderin und Verwalterin des väterlichen Vermögens bestellt gewesenen, Mutter ermittelt worden sind, fallen unter § 54 Z. 5), sofern nicht die Forderung gestundet worden ist.[4]) Dagegen kann das Vorrecht nicht angerufen werden wegen des der Ehefrau, welche sich mit dem Gemeinschuldner samtverbindlich verpflichtet hatte, zustehenden, nach deren Tode auf die Kinder übergegangenen Rückgriffsrechtes (Art. 1431 und 2032 C. c.); denn dieses Rückgriffsrecht ist erst im Augenblicke der K.-E. entstanden, kann also nicht vor derselben der Verwaltung des Gemeinschuldners unterworfen gewesen sein.[5]) Das Vorrecht gilt nur in dem Kv. über das Vermögen desjenigen, welchem die Verwaltung zustand. Wenn dieser mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebte, so können die Kinder das Vorrecht sonach nicht auch im Kv. über das zur Gütergemeinschaft gehörige Vermögen der Ehefrau geltend machen. Nur sofern der Vater selbst in Konkurs geraten ist, erlangt das Vorrecht der Kinder Bedeutung.[6]) Es besteht übrigens auch in Ansehung der vor dem 1. Okt. 1879 entstandenen Forderungen.[7])

Durch die Landesgesetzgebung kann das Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen eine Erweiterung erfahren (§ 13 E.-G.).

3) Das in Z. 5 gewährte Vorrecht ist zeitlich beschränkt. Es geht verloren, wenn die Forderung nicht innerhalb des Zeitraums von zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur K.-E. ununterbrochen verfolgt worden ist. War die K.-E. vor Ablauf der zwei Jahre erfolgt, so genügt es, dass die Forderung vor Ablauf der Frist angemeldet wurde. Der Grund der zeitlichen Beschränkung ist darin zu finden, dass die Kinder bezw. Pflegebefohlenen, wenn sie es unterlassen, die Herausgabe des Vermögens zu verlangen, dem Vater bezw. Vormund freiwillig Stundung gewähren und, wenn sie dies thun, nicht anders zu behandeln sind wie die übrigen Gläubiger (M. S. 265). Dass das Vorrecht „ununterbrochen" verfolgt sein muss, ist im Gesetze nicht wie in der pr. K.-O. (§ 81) ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber aus dessen Inhalt. Der Verlust des Vorrechtes tritt jedoch nicht wegen jeder Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens und wegen jeder Verzögerung im Prozessbetrieb ein, sondern nur dann, wenn ohne genügende Veranlassung der Betrieb des Prozesses unterlassen wurde. Selbst

[1]) Das preuss. Obertrib. hat am 29. Okt. 1857 (Striethorst, Bd. 26 Nr. 53 S. 318, Entsch. Bd. 38 Nr. 60 S. 402) erkannt, dass dem Sohne ein Vorrecht im Konkurse des Vaters dann zusteht, wenn dieser bei einer Erbteilung seinem Gläubiger, dem Miterben seines Sohnes, den diesem zugefallenen Erbschaftsanteil überlassen hat.

[2]) R.-G. (V.) 19. Jan. 1881, (IV.) 10. März 1884, (II.) 7. Dez. 1886, Entsch. Bd. 3 S. 294 ff. Bd. 11 S. 63 ff., Bd. 17 S. 42 ff.; O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884 und 27. Febr. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 398, Bd. 13 S. 263; O.-L.-G. Dresden 6. Dez. 1887, Sächs. Ann. Bd. 10 S. 140 ff. u. Seuffert Arch. Bd. 44 S. 477.

[3]) O.-L.-G. Dresden 11. Okt. 1888, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 205.

[4]) R.-G. (V.) 19. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 294; bayr. ob. Landesg. 18. Sept. 1888, Samml. Bd. 12 S. 140 ff.

[5]) O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 398 ff., Puchelts Z. Bd. 16 S. 472.

[6]) R.-G. (IV.) 10. März 1884, Entsch. Bd. 11 S. 63.

[7]) R.-G. (II.) 7. Dez. 1886, Puchelts Z. Bd. 19 S. 273.

eine förmliche Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle (§ 228 C.-P.-O., kann derart gerechtfertigt sein, dass daraus die Annahme, es habe eine Verfolgung der Forderung nicht stattgefunden, nicht abgeleitet werden kann. So liegt die Sache z. B. dann, wenn das Ruhen des Prozesses in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen seinen Grund hat. In diesen Verhandlungen kann zwar nicht ein Verfolgen des Prozesses, wohl aber eine Verfolgung der Forderung gefunden werden. Für die Frage, zu welcher Zeit die Verwaltung beendigt ist, kommt es nicht darauf an, wann sie thatsächlich ihr Ende erreicht hat, sondern darauf, wann die Beendigung nach dem Gesetze eingetreten ist. Ist die Beendigung der Vermögensverwaltung kraft Gesetzes eingetreten, wie es z. B. bei der väterlichen Vermögensverwaltung nach gemeinem Rechte der Fall ist, so beginnt die zweijährige Frist mit Eintritt der Volljährigkeit ihren Lauf; denn von diesem Tage kann das Kind sein Vermögen vom Vater fordern und ist dieser zur Herausgabe verpflichtet. Wollte man die thatsächliche Beendigung der Verwaltung für maassgebend erklären, so würde der Zweck der zeitlichen Beschränkung regelmässig vereitelt werden.[1]) Dauert die Befugnis zur Verwaltung dagegen, wie es bei Vormundschaft und Pflegschaft häufig der Fall ist, fort, bis das Gericht oder die Vormundschaftsbehörde die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft ausgesprochen hat, so kann die Frist erst von dem Tage an laufen, an welchem die Aufhebung erfolgt ist. Bis dahin dauert die Verwaltung kraft Gesetzes fort. Die Berechnung der Frist richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte.

§ 55.

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;
2. die Vertragsstrafen;
3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen.

(E. § 55; M. S. 268—270; K. S. 53; pr. K.-O. § 83).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Nach § 55 werden mit den Kapitalforderungen, diese mögen bevorzugt sein oder nicht, die dazu gehörigen Nebenforderungen berücksichtigt; sie teilen also den Rang der Hauptforderung. Jedoch wird hierbei die Anmeldung der Nebenforderungen vorausgesetzt. Die Worte „werden angesetzt“ berechtigen nicht zu der Annahme, dass der K.-V. solche Nebenforderungen von Amts wegen berücksichtigen müsse. Sie sollen vielmehr nur sagen, dass wenn für die Hauptforderung mit Recht ein Vorrang beansprucht wird, die (angemeldeten) Nebenforderungen, auch wenn für sie ein Vorrecht nicht ausdrücklich beansprucht worden ist, von Amts wegen in gleichem Range einzusetzen sind.[2]) Werden die in § 55 aufgezählten Forderungen für sich allein geltend gemacht, z. B. weil die Hauptforderung bezahlt worden ist, so hat der Gläubiger zwar gleichfalls Anspruch auf das in § 54 vorgesehene Vorrecht; denn § 55 beruht auf dem Grundsatze, dass diese Forderungen den Rang der Hauptforderung teilen, und sie können diesen Rang nicht dadurch verlieren, dass diese weggefallen ist. In diesem Falle muss aber das Vorrecht für die als Hauptforderungen

[1]) O.-L.-G. Karlsruhe 20. Dez. 1884, bad. Ann. Bd. 51 S. 311 ff., bes. S. 316. A. M. ist anscheinend v. Völderndorff Bd. 1 S. 639 Anm. 88.

[2]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 642.

auftretenden Forderungen gemäss § 127 ausdrücklich beansprucht werden. § 55 bezieht sich nur auf Konkursforderungen, muss aber auch auf solche Forderungen, bezüglich deren abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, Anwendung finden, soweit sie nach § 57 als Konkursforderungen geltend gemacht werden. Auch in Ansehung der abgesonderten Befriedigung werden übrigens Kapital, Zinsen und Kosten in der Regel als einheitliche Forderungen behandelt, derart dass, ein Absonderungsberechtigter erst dann Befriedigung erhält, wenn sein Vorgänger für seine Haupt- und Nebenforderung Befriedigung erlangt hat. In dieser Beziehung ist, soweit nicht die §§ 40 und 41 zur Anwendung kommen, das Landesrecht maassgebend (vgl. auch § 759 C.-P.-O).

II. Besondere Bemerkungen.

Bezüglich der einzelnen in § 55 aufgezählten Forderungen ist folgendes zu bemerken:

1) den Rang der Hauptforderung haben zunächst die Kosten, welche vor der K.-E. durch die Einklagung oder einen anderweitigen Versuch der Beitreibung dieser Forderung entstanden, gleichviel ob sie als gerichtliche oder aussergerichtliche Kosten anzusehen sind. Nach der pr. K.-O. wurden die Kosten nur dann berücksichtigt, wenn sie dem Gemeinschuldner bereits durch rechtskräftiges Urteil zur Last gelegt waren; [1]) diese Beschränkung ist aber nicht in die K.-O. aufgenommen worden. Der Gläubiger soll vielmehr berechtigt sein, die ihm schon entstandenen Prozesskosten, auch wenn über deren Erstattung noch nicht endgültig entschieden worden ist, mit der Forderung anzumelden und im Falle sie streitig bleiben, ihre Feststellung durch Aufnahme des Prozesses (§ 134) zu betreiben (M. S. 270, Bem. IV. 2 zu § 2). [2]) Von diesen Kosten sind diejenigen Prozesskosten zu unterscheiden, welche durch die Fortführung eines durch die K.-E. unterbrochenen Prozesses entstehen. Ist dem K.-V. gegenüber ein solcher Prozess über die Hauptsache aufgenommen worden und ist dieser unterlegen, so sind alle durch die bezw. seit der Aufnahme erwachsenen Kosten Gegenstand von Ansprüchen, welche aus Handlungen des K.-V. entstanden (Bem. I. u. II. zu § 52) folglich Masseschulden. Ebenso erlangen auch die vor der K.-E. erwachsenen Prozesskosten, welche aus der Masse an den Gegner zu erstatten sind, nunmehr die Eigenschaft von Masseschulden, weil über die Kostentragungspflicht einheitlich erkannt ist und die letzte Ursache für die Belastung der Masse mit diesen Kosten in dem erfolglosen Widerspruch des K.-V. gegen die Forderung des K.-Gl. zu finden ist. [3]) War der Prozess nur behufs Herbeiführung einer Entscheidung über die Pflicht zur Tragung der vor K.-E. erwachsenen Kosten erfolgt, so bilden dagegen die letzteren die Hauptsache und behalten deshalb ihre Eigenschaft als Gegenstand einer K.-Forderung. Nur die seit der Aufnahme erwachsenen Kosten, welche nach der Höhe dieser auf die früheren Kosten eingeschränkten Hauptsache berechnet werden müssen, sind alsdann Masseschuld. [4]) Wenn die Aufnahme gegenüber einem widersprechenden K.-Gl. erfolgt war und dieser zur Kostentragung verurteilt wurde, so kann der obsiegende Gläubiger nur die vor K.-E. erwachsenen Kosten aus der Masse ersetzt verlangen und diesen Anspruch nur als K.-Forderung geltend machen. [5]) Die Kosten, welche den K.-Gl. durch ihre Teilnahme am Kv. erwachsen, würden schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie nicht vor der K.-E. entstanden. Sie sind aber auch durch § 56 Z. 2 ausdrücklich ausgeschlossen worden. Will der Gläubiger einen anhängigen Prozess lediglich gegen den Gemeinschuldner fortsetzen und demnach auf eine Teilnahme an dem Kv. verzichten (Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.), so kann

[1]) Pr. Obertrib. 15. Juni 1858, Striethorst, Bd. 28 S. 330 ff., Entsch. Bd. 40 S. 384.
[2]) v. Sarwey S. 504; v. Völderndorff Bd. 1 S. 644.
[3]) Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 739.
[4]) Eccius a. a. O.
[5]) Eccius a. a. O. S. 740.

er natürlich auch den Ersatz seiner Kosten nicht im Kv. verlangen. Anders verhält es sich mit Kosten, welche der Gläubiger aufwendete, um die K.-E. oder die Anordnung vorläufiger Sicherheitsmassregeln herbeizuführen. Diese Kosten (Anwaltsgebühren und Auslagen) bilden, soweit nicht ein nach § 50 zu behandelnder Gerichtskostenvorschuss in Frage steht, den Gegenstand einer Konkursforderung, denn der Grund der Forderung fällt in die Zeit vor der K.-E. (vgl. § 2) und die das Verfahren vorbereitenden Schritte sind nicht als Teilnahme am Verfahren selbst (§ 56 Z. 2) aufzufassen (Bem. I. zu § 51 S. 258).

2) Die Vertragsstrafe vertritt überall die Entschädigung für die Nichterfüllung der Forderung, nimmt sonach dieselbe Stelle wie diese ein. Dabei kommt nichts darauf an, ob sie schon bei Abschluss des Hauptvertrags oder nach demselben bedungen wurde, und ob die Strafe bereits verfallen ist oder nicht. Die Forderung bestand (bedingt) schon vor dem Erfüllungstage. Durch die K.-E tritt nur Gewissheit darüber ein, dass die Forderung nicht rechtzeitig erfüllt wird.[1]) Auch nach der K.-E. können Vertragsstrafen verfallen und ebenso im Kv. angemeldet werden wie die aus der Anwendung des § 15 abzuleitenden Entschädigungsforderungen.[2]) Dagegen gehört diejenige Vertragsstrafe, welche aus einem vom K.-V. für die Masse geschlossenen Vertrag entspringt (§ 52), nicht hierher. Wurde die Vertragsstrafe in der Weise bedungen, dass für jeden Tag der Nichterfüllung einer Verpflichtung ein bestimmter Betrag bezahlt werden soll, so ist die Forderung gleichwohl als eine einheitliche anzusehen, weil sie auf einem einheitlichen Verpflichtungsgrunde beruht und nur deren Höhe durch die Zahl der einzelnen Tage bestimmt wird, während welcher die Erfüllung unterblieb.[3]) Der Gesamtbetrag der Forderung ist nach den §§ 62, 63 zu berechnen. Ob die Vertragschliessenden beabsichtigen, dass die Vertragsstrafen die Verzugszinsen ersetzen, ist gleichgültig. Auch in diesem Falle trifft § 56 nicht zu, weil es sich bei der Vertragsstrafe und den Verzugszinsen um verschiedene Begriffe handelt.[4]) Beruht der gegen den Gemeinschuldner wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung bestehende Anspruch nicht auf einem Vertrage, sondern auf einem richterlichen Urteil oder auf einer letztwilligen Verfügung, so kommt § 55 nicht zur Anwendung, sondern es liegt eine selbständige Forderung vor.[5])

3) Die bis zur K.-E. aufgelaufenen Zinsen werden als Teil der Hauptforderung angesehen und teilen deshalb deren Rang, gleichviel ob sie kraft Vertrages oder kraft Gesetzes verlangt werden und ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinssatzes und auf den Zeitraum des Rückstandes. Selbstverständlich wird aber vorausgesetzt, dass die Forderung bezüglich der Zinsen zu Recht besteht. Ist landesgesetzlich die Höhe des Zinsfusses wie in Elsass-Lothringen beschränkt, so kann das nach dem Gesetze unwirksame Zinsversprechen auch im Kv. nicht geltend gemacht werden. Dasselbe gilt, soweit das Zinsversprechen durch das Reichsges. vom 24. Mai 1880, betr. den Wucher, eingeschränkt wird. Ferner hat auch hier die Zinsverjährung ihre Kraft. Der Verfalltag der Zinsen kommt nicht in Betracht; vielmehr sind sie bis zum Tage der K.-E. zu berechnen. Die Zinsen, welche nach diesem Tage auflaufen, können im Kv. nicht geltend gemacht werden (§ 56 Z. 1). Ob für den Tag der K.-E. selbst noch Zinsen berechnet werden dürfen, ist zweifelhaft. Doch ist die Frage zu verneinen, weil der Zins erst mit Ablauf des Tages fällig würde, an welchem das Kv. eröffnet wird, und Zinsen für Teile eines Tages im Verkehr nicht üblich sind.[6])

[1]) Endemann S. 495; v. Sarwey S. 504; Stieglitz S. 384; v. Wilmowski S. 254 Nr. 2. A. M. Fitting § 10 Anm. 18; v. Völderndorff Bd. 1 S. 644, 645; Willenbücher S. 116.

[2]) R.-G. (VI.) 8. März 1888, (I.) 5. Febr. 1890, Entsch. Bd. 21 S. 5, Bd. 26 S. 92. A. M. Endemann S. 495.

[3]) Stieglitz S. 384.

[4]) A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 645 Anm. 17.

[5]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 644.

[6]) v. Sarwey S. 504; v. Völderndorff Bd. 1 S. 646 Anm. 22; Windscheid Bd. 1 § 103 Anm. 15 und 16.

§ 56.

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;
2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen;
4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todes wegen.

(E. § 56; M. S. 270, 271; K. S. 53; pr. K.-O. § 84).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die im § aufgezählten Forderungen können im Kv. nicht geltend gemacht werden, bleiben aber dem Gemeinschuldner gegenüber in Kraft,[1]) der sie aus seinem nicht zur Masse gehörigen Vermögen tilgen oder sicher stellen kann. Auch den Gläubigern muss deshalb die Zwangsvollstreckung in das nicht zur Masse gehörige Vermögen gestattet sein (Bem. 2 zu § 11).[2]) Obgleich die erwähnten Forderungen nach § 2 unter den Begriff der Konkursforderungen fallen würden und das Gesetz nicht ausdrücklich sagt, dass sie solche nicht seien, muss § 56 doch als Ausnahme von § 2 aufgefasst werden und sind die Forderungen begrifflich nicht als Konkursforderungen zu betrachten. Ein Gläubiger, welcher aus der Masse keine Befriedigung suchen darf und von der Teilnahme am Kv. in jeder Richtung ausgeschlossen ist, kann nicht als K.-Gl. bezeichnet werden. Hiernach können sich auch die Wirkungen des Zwangsvergleichs nicht auf die in § 56 aufgezählten Forderungen erstrecken. Dadurch sind diese allerdings, wenn ein Zwangsvergleich zustande kommt, bevorzugt. Aber das ist die Folge der ihnen angewiesenen ausnahmsweisen Stellung, aus der sie ebenso Vorteil ziehen können, wie sie die damit verbundenen Nachteile tragen müssen.[3]) Durch die §§ 11 und 12 werden die unter § 56 fallenden Forderungen, obgleich sie nicht als Konkursforderungen anzusehen sind, doch betroffen, weil sie aus der Masse überhaupt keine Befriedigung suchen dürfen. Ebensowenig wie die Haftung des Gemeinschuldners wird durch § 56 die Haftbarkeit der Handelsgesellschafter für die während des Kv. über das Gesellschaftsvermögen laufenden Zinsen berührt. Das Wort „Ausfall" in Art. 122 H.-G.-B. b zeichnet den Betrag, für welchen die Gläubiger, gleichviel aus welchem Grunde, Befriedigung aus der Masse nicht erlangten. Jedenfalls müssen diejenigen Forderungen zu dem „Ausfall" gerechnet werden, welche im Kv. nicht geltend gemacht werden durften. Dasselbe galt in Ansehung der Genossenschafter, soweit § 197 K.-O. zur Anwendung kam und gilt auch unter der Herrschaft des neuen Gen.-Gesetzes (§§ 98 ff. und 116).[4]) Von der Aufrechnung sind die in Frage stehenden Forderungen nicht ausgeschlossen, soweit nicht, wie bei den Zinsen und Kosten § 48 Z. 2 zur Anwendung kommt (§ 46). Wenn eine unter § 56 fallende Forderung im Kv. angemeldet wird, so ist die Anmeldung unwirksam und unterbricht demnach die Verjährung nicht

[1]) R.-G. (II.) 25. Febr. 1887, Jur. Woch. S. 115.

[2]) Endemann S. 496; Fitting § 8 Anm. 1, § 8 Anm. 21; v. Wilmowski S. 255 Nr. 1. A. M. v. Sarwey S. 505; Stieglitz S. 386; v. Völderndorff Bd. 1 S. 648, 649; Willenbücher S. 117 Nr. 1.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 318 ff. § 121; Fitting § 8 Anm. 1; Stieglitz S. 652; Willenbücher S. 117 Nr. 1; v. Wilmowski S. 255 Nr. 1. A. M. v. Sarwey und v. Völderndorff a. a. O.

[4]) R.-G. (II.) 10. Juli 1883 und (I.) 30. Jan. 1886, Entsch. Bd. 9 S. 149, Bd. 15 S. 117; O.-L.-G. Dresden 20. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. 6 S. 65; v. Wilmowski § 197 Nr. 1. A. M. Fitting § 53 Anm. 11; v. Sarwey Nr. 1a; Stieglitz Nr. 1 Anm. b.

gemäss § 13. Sollte nach Befriedigung aller K.-Gl. noch ein Rest in der Masse bleiben, so könnten die Gläubiger, deren Forderungen unter § 56 fallen, sich immerhin vor Aufhebung des Kv. nicht an diesen Bestandteil der Masse halten und auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes vorgehen. Dieser Rest behält, solange das Kv. besteht, die Eigenschaft der Masse. Auch kann sich bis dahin immer noch ein K.-Gl. melden, der seine Anmeldung versäumt hatte.

II. Besondere Bemerkungen.

1. Zinsen und Kosten. (Z. 1 und 2).

Der Z. 1 liegt die Auffassung zu Grunde, dass jede Zinsforderung erst mit dem Ablaufe der Zeit für die Benutzung des geschuldeten Kapitals entstehe. Von diesem Standpunkte aus wurden die vom Tage der K.-E. an laufenden Zinsen nicht als bedingte, sondern als noch nicht entstandene Forderungen behandelt (M. S. 270). Die Berücksichtigung der laufenden Zinsen würde auch Schwierigkeiten bei der Verteilung bereitet haben, während die Nichtberücksichtigung die einzelnen K.-Gl. im Verhältnisse zu den übrigen nicht benachteiligt.

Inwieweit laufende Zinsen bei Geltendmachung von Absonderungsrechten zu berücksichtigen sind, deren Geltendmachung ausserhalb des Konkurses erfolgt (Bem. II. zu § 3), bestimmt das bürgerliche Recht. Das Absonderungsrecht wird sich hiernach regelmässig auch auf die seit der K.-E. laufenden Zinsen erstrecken.[1]) Auch die Zinsen, welche der wechselregresspflichtige Gemeinschuldner nach Art. 50—52 W.-O. zu zahlen hat, fallen, soweit sie nach der K.-E. laufen, unter die Vorschrift des §. Dagegen werden diejenigen Zinsen nicht davon betroffen, welche ein wechselregresspflichtiger Gläubiger, wenn auch für die Zeit nach der K.-.E. zu zahlen hatte, und deren Ersatz er verlangt. Dessen Forderung ist nicht als Zinsforderung, sondern als Entschädigungsforderung anzusehen. Die durch Teilnahme am gemeinsamen Verfahren entstehenden Kosten (Z. 2) begründen Forderungen, welche erst nach der K.-E entstehen und schon deshalb von der Berücksichtigung im Kv. ausgeschlossen sind (Bem. II. 1 zu § 55).

2. Geldstrafen. (Z. 3).

Die vom Gemeinschuldner zu zahlenden Geldstrafen dürfen nicht im Kv. geltend gemacht werden, weil deren Gleichstellung mit den übrigen Schulden weniger den Gemeinschuldner als die K.-Gl. treffen würde, welche sie nicht verschuldet haben. Vorausgesetzt wird hierbei eine auf Grund öffentlichen Rechtes erkannte Geldstrafe. Ob diese vom Strafrichter oder Civilrichter oder von einem Disciplinargerichte oder von einer Verwaltungsbehörde verhängt wurde, ist einerlei. Deshalb gehören auch die Strafen hierher, welche durch polizeilichen Strafbefehl, in Handhabung der Sitzungspolizei, wegen Nichterfüllung der den Zeugen, Sachverständigen, Geschworenen und Schöffen obliegenden Pflichten oder zum Zwecke der Erzwingung von deren Erfüllung verhängt worden sind. Dasselbe gilt von den Strafen, durch welche im Strafprozesse die Herausgabe von beschlagnahmten Gegenständen, oder in der Zwangsvollstreckung eine Handlung, Duldung oder Unterlassung erzwungen werden soll (§ 95 St.-P.-O., §§ 774, 775 C.-P.-O.). Dagegen bezieht sich § 56 nicht auf reine Privatstrafen und auf die vom Richter nach §§ 188 und 231 St.-G.-B. oder auf Grund der Reichsgesetze betr. den Schutz der Urheber-, Marken- und Patentrechte verhängte Busse, welche jedenfalls teilweise die Eigenschaft des Schadenersatzes hat und jeden „weitern Entschädigungsanspruch" ausschliesst. Auch die Vermögensbeschlagnahme (§§ 93, 140 St.-G.-B., §§ 325, 326 St.-P.-O.) ist

1) R-G. (II.) 6. April 1888, Jur. Woch. S. 196 Nr. 4.

keine Strafe. Da diese Maassregel nur dasjenige Vermögen trifft, das sich nach Abzug der Schulden ergiebt, kann übrigens Vermögensbeschlagnahme, gleichviel ob sie vor oder nach der K.-E. verhängt wird, die Befriedigung der K.-Gl. nicht beeinträchtigen.[1]) Die vom Strafrichter angeordnete Einziehung (§ 40 R.-St.-G.-B., §§ 295, 360, 367 daselbst) fällt nicht unter die Vorschriften des §, da sie zwar als Nebenstrafe, aber nicht als Geldstrafe aufzufassen ist. Dasselbe gilt, wenn das von einem Beamten zum Zwecke der Bestechung Empfangene (nach § 335 R.-St.-G.-B. für dem Staate verfallen erklärt wurde. In allen diesen Fällen handelt es sich nur darum, ob die in Frage stehende Sache aus der Masse auszusondern ist[2]) und kommt es nicht darauf an, ob der einzuziehende Gegenstand schon vor der K.-E. aufgehört hat, Eigentum des Gemeinschuldners zu sein. Es handelt sich hier um eine Aussonderung auf Grund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung.[3]) Ist die Einziehung als solche nicht ausführbar und der Verurteilte verpflichtet, den Wert des einzuziehenden Gegenstandes oder des für verfallen erklärten Empfangenen (§ 335 R.-St.-G.-B.) zu ersetzen, so wird § 56 zur Anwendung kommen, weil dann die vom Gemeinschuldner zu zahlende Summe die Eigenschaft der Geldstrafe hat.

3. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners. (Z. 4).

Z. 4 schliesst nach dem Vorgang der pr. K.-O. (§ 84) die Geltendmachung solcher Forderungen aus, welche in einer freigebigen Verfügung des Gemeinschuldners ihren Grund haben. Dabei war der Grundsatz: „in re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro“ sowie die Erwägung maassgebend, dass nicht die Erfüllung von Schenkungsversprechen aus der Masse verlangt werden dürfe, obgleich nach den §§ 25 Z. 1 und 2 die schon bewirkte Erfüllung der Freigebigkeit der Anfechtung unterworfen sei (M. S. 270 ff.). Diese Vorschrift trifft alle Forderungen, deren Erfüllung eine Freigebigkeit enthalten würde, insbesondere auch die Erfüllung des Schenkungsversprechens. Dazu gehört aber nicht die Forderung aus einem Wechsel, dessen Ausstellung, Annahme oder Weiterbegebung in der Absicht erfolgte, dem Gemeinschuldner eine Freigebigkeit zu erweisen; denn die Wechselforderung als solche ist von dem Grundgeschäfte unabhängig.[4]) Die auf gesetzlichen Vorschriften beruhende Steuerforderung des Staates ist nicht deshalb als eine Forderung aus einer freigebigen Verfügung anzusehen, weil der Gemeinschuldner bei der Steuererklärung das zu besteuernde Vermögen oder Einkommen wissentlich zu hoch angegeben hat.[5]) Nach § 84 pr. K.-O. (Z 4) waren noch von dem Kv. ausgeschlossen: „Die Forderungen, welche Zuwendungen auf den Todesfall zum Gegenstande haben, sie mögen in Eheverträgen, Erbverträgen oder andern letztwilligen Verfügungen des Gemeinschuldners enthalten sein.“ Jedoch war weiter bestimmt: „Hat der auf den Todesfall Bedachte für eine solche Zuwendung dem Gemeinschuldner etwas gegeben, überlassen oder eine sonstige Gegenleistung gemacht, so kann er diese Gegenleistung oder deren Wert, jedoch niemals mehr als den Betrag jener Zuwendung fordern.“ Eine derartige Bestimmung wurde mit Recht nicht in den Entwurf aufgenommen. Einerseits ist es selbstverständlich, dass freigebige Verfügungen auch in Ehe- und Erbverträgen des Gemeinschuldners enthalten sein können. Andererseits muss hier wie anderswo im einzelnen Falle festgestellt werden, ob die Zuwendung gegen oder ohne Entgelt gemacht worden bezw. ob das Entgelt nur als ein scheinbares anzusehen ist. Gegenvermächtnis, Leibgedinge, Wittum und dergl. Zuwendungen sind an sich, ungeachtet ihres Verhältnisses zu dem Eingebrachten oder dem Ehevermächtnis, Freigebigkeiten. Der Beweggrund ändert

1) v. Völderndorff Bd. 1 S. 652; Willenbücher S. 118; v. Wilmowski S. 255 Nr. 2.

2) So auch Endemann S. 498, 499 und alle Kommentare.

3) Endemann S. 498, 499; v. Völderndorff Bd. 1 S. 651. A. M. v. Sarwey S. 506.

4) R.-G. (I.) 3. Febr. 1886, Jur. Woch. S. 274, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 6 S. 5.

5) R.-G. (I.) 19. April 1884, Entsch. Bd. 14, S. 118, 119; O.-L.-G. Hamburg 15. Jan. 1884, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 5 S. 136.

das Wesen der Handlung nicht. Die Zuwendung kann aber auch die Natur einer entgeltlichen Verfügung haben.

Die Z. 4 setzt voraus, dass eine freigebige Verfügung des Gemeinschuldners ausgeführt werden soll. Ist dieser in seiner Eigenschaft als Erbe oder Vermächtnisnehmer beschwert worden, so ist die Befriedigung des Vermächtnisnehmers Erfüllung einer dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit. Die Forderung hat nicht in einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners, sondern in einer solchen des Erblassers ihren Grund, als dessen Vertreter der Gemeinschuldner nicht anzusehen ist.[1]) Im Nachlasskonkurse sind die Ansprüche aus letztwilligen Zuwendungen desjenigen, über dessen Nachlass das Kv. eröffnet wurde, allerdings als Ansprüche aus Freigebigkeiten des Gemeinschuldners zu behandeln, weil der Erblasser sonst im Nachlasskonkurs als Gemeinschuldner gilt, jedenfalls seine Freigebigkeiten hier unter § 56 fallen (Bem. 1 zu § 202 ff). In der Reichstagskommission wurde auf die Bemerkung, dass die Z. 4 unter Umständen, z. B. wenn es sich um eine an einen alten Diener zu zahlende Jahresrente handle, zu hart sei, erwidert, dass „Remunerationen" nicht ohne weiteres unter die Vorschrift fallen würden (K. S. 53). Ob vergeltende oder wechselseitige Schenkungen als „freigebige Verfügungen" anzusehen sind, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen (Bem. I. 2 zu § 25 S. 142).

Die Vorschrift des § geht insofern über die neben ihr zur Anwendung kommenden Bestimmungen des § 25 hinaus, als die Anfechtbarkeit an bestimmte Fristen geknüpft ist. Dagegen hat § 25 insofern eine stärkere Wirkung, als dadurch auch Verfügungen berührt werden, welche einer dritten, dazwischen geschobenen, Person gegenüber getroffen wurden. Damit § 56 Z. 4 Anwendung finden kann, muss die im Kv. angemeldete Forderung auf einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners beruhen. Übrigens kommen neben der Bestimmung dieses § die Vorschriften über die Anfechtung zur Anwendung.[2])

§ 57.

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismässige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letztern ausgefallen ist.

(E. § 57; M. S. 271–275; K. S. 55; pr. K.-O. §§ 39, 185, 247, 248).

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Damit § 57 zur Anwendung kommt, wird ein Anspruch auf „abgesonderte Befriedigung" vorausgesetzt. Auf einen Gläubiger, dem der Gemeinschuldner gewisse Gegenstände zum Zweck der Sicherstellung für seine Forderung verkauft hat, kann die Vorschrift unmittelbare Anwendung nicht finden, weil sich aus einer solchen Veräusserung nur ein Aussonderungsrecht ergiebt und der Gläubiger, soweit er nicht durch die Hingabe der Sache (mittels Aufrechnung) befriedigt worden ist, seine Forderung als einfacher K.-Gl. geltend machen kann (Bem. 1 zu § 35 u. Vorbem. 1 zu §§ 39 ff). Dass das Rechtsgeschäft als Kauf oder Cession bezeichnet worden ist, schliesst natürlich die Anwendung des § 57 nicht aus. Dieser muss vielmehr auch dann zur Anwendung kommen, wenn nur dem Namen nach ein Kauf oder eine Cession, der Sache nach aber eine Verpfändung in Frage steht.

[1]) Stieglitz S. 388. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 653.
[2]) Vgl. v. Sarwey S. 507; Stieglitz S. 387, 388.

Wenn aber wirklich eine Eigentumsübertragung stattgefunden hat, trifft § 57 ebensowenig wie die §§ 110, 116, 117 zu. Es fehlt an einem zur Masse gehörigen Absonderungsgegenstand und an der Verpflichtung des Gläubigers, zunächst aus diesem Befriedigung zu suchen und sich dessen Veräusserung durch den K.-V. gefallen zu lassen. Soweit es dem letzteren nicht gelingt, das Aussonderungsrecht mit Erfolg zu bestreiten, steht ihm ein einfacher Konkursgläubiger gegenüber, dessen Forderung insoweit zum Kv. zugelassen werden muss, als sie nicht z. B. durch Aufrechnung mit der Kaufpreisforderung getilgt ist. Auch die „entsprechende" Anwendung der §§ 57, 141, 143, 155 Z. 3 u. § 156 auf Forderungen der erwähnten Art[1]) lässt sich schwer rechtfertigen, so sehr sie auch einem praktischen Bedürfnis entspricht. Wenn das Eigentum an der Sache bezw. die Forderung wirklich auf den Gläubiger übergegangen ist, kann der K.-V. deren Veräusserung weder selbst vornehmen, noch (mittelbar) erzwingen und sie deshalb auch nicht als einen Gegenstand behandeln, der zur abgesonderten Befriedigung dient. Er kann vielmehr nur diejenigen Rechte des Gemeinschuldners geltend machen, welche diesem nach dem Vertrag zustehen, insbesondere, wenn die Veräusserung binnen einer bestimmten Frist vorgesehen ist, deren Vornahme verlangen und dann vom Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen. Bei richtiger Behandlung wird man wohl in vielen Fällen zum Ergebnis gelangen, dass es sich bei Verträgen der erwähnten Art lediglich um eine Verpfändung handelte.

2) Absonderungsberechtigte, welchen keine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, sondern nur eine zur Masse gehörige Sache für ihre Forderung gegen einen Dritten haftet, können am Kv. nicht Anteil nehmen. In dieser Lage befinden sich Gläubiger, welchen der Gemeinschuldner seine Sache zur Sicherung ihrer Forderung gegen einen Dritten verpfändet hat, ohne sich persönlich zur Zahlung der Forderung zu verpflichten,[2]) ferner Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer, welche gemäss § 43 abgesonderte Befriedigung im Kv. über das Vermögen des Erben verlangen, sofern ihnen das bürgerliche Recht, wie die bayer. Gerichtsordnung von 1753 (Kap. 20 § 17 Z. 7),[3]) Befriedigung aus diesem Vermögen versagt (vergl. Bem. zu § 43 S. 233 ff.) Hat ein K.-Gl. ein Pfandrecht an Sachen, welche nicht zur Masse gehören, so findet § 57 keine Anwendung, weil jedes Absonderungsrecht voraussetzt, dass aus einem zur Masse gehörigen Gegenstand Befriedigung gesucht wird. Hat für die Schuld einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter eine ihm gehörige Sache verpfändet, so darf im Kv. über das Vermögen der Gesellschaft, in welchem nach § 61 die ganze Forderung geltend gemacht werden kann, abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden. Vielmehr kann dies nur im Kv. über das Vermögen des verpfändeten Gesellschafters geschehen. Hier kann aber der Gläubiger seine Forderung nur insoweit anmelden, als es sich um den etwaigen Ausfall im Kv. über das Gesellschaftsvermögen handelt (Art. 119 und 122 H.-G.-B.). Wird dieses letztere Kv. durch Zwangsvergleich erledigt, so kann der Gläubiger sich wegen seiner ganzen Ausfallsforderung an den verpfändeten Gesellschafter halten und diese in dem Kv. über dessen Vermögen geltend machen, sofern dieses Kv. nicht infolge der Erledigung des Kv. über das Gesellschaftsvermögen gleichfalls aufgehoben wird.[4]) Bezüglich derjenigen Absonderungsberechtigten, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, geht die K.-O. von dem Grundsatze aus, dass sie ihre Forderungen im Kv. geltend machen können, ohne deshalb verpflichtet zu sein, den ihnen haftenden Gegenstand der Masse zu überlassen bezw. auf ihr Absonderungsrecht zu verzichten. Dieses Recht steht ihnen jedoch nur insoweit zu, als sie durch Ausübung des Absonderungsrechtes keine Befriedigung erlangen. Der Absonderungsberechtigte meldet seine

1) So das R.-G. (I.) 2. Febr. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 45 ff.

2) R.-G. (III.) 14. Juni 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 1585, Jur. Woch. 1887 S. 328.

3) v. Roth, bayer. Civilrecht Bd. 3 S. 726 § 371 Nr. III. 2; v. Sarwey S. 508, 406; v. Völderndorff Bd. 1 S. 654 Anm. 1 (vgl. hierzu Örtmann in Grünhut Bd. 17 S. 298 ff).

4) R.-G. (I.) 4. Jan. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 90.

Forderung als Ganzes zum Zwecke der Prüfung und Feststellung an.[1]) Deshalb wird auch durch den Eintrag in die Tabelle seine ganze Forderung rechtskräftig festgestellt,[2]) während durch die Feststellung dieser Forderung nicht auch das Absonderungsrecht selbst festgestellt wird.[3]) Andererseits bedarf es im Feststellungsverfahren noch einer besondern Feststellung darüber, ob eine Forderung nur als Ausfallsforderung in Betracht komme,[4]) während die Höhe des Ausfalls erst im Verteilungsverfahren nachzuweisen ist (§ 141).

3) Der Absonderungsberechtigte, in dessen Anmeldung ein Verzicht auf das Absonderungsrecht nicht enthalten ist,[5]) kann nur für den Ausfall Befriedigung verlangen. Es sind ihm nicht zwei Wege eingeräumt, auf denen er gleichzeitig Befriedigung beanspruchen kann. Vielmehr muss er in erster Linie durch Geltendmachung des Absonderungsrechtes Befriedigung suchen und darf eine Konkursforderung nur insoweit geltend machen, als er abgesonderte Befriedigung nicht erlangen konnte. Auch wenn ein Zwangsvergleich abgeschlossen worden ist, darf er nicht zunächst die auf ihn treffende Rate in Empfang nehmen und den Rest aus dem Erlöse decken, welcher aus dem Absonderungsgegenstande erzielt werden wird. In vorbehaltsloser Annahme der Zwangsvergleichssumme muss vielmehr regelmässig ein Verzicht auf das Absonderungsrecht gefunden werden, wenn nicht der Mangel des Verzichtwillens aus den Umständen erhellt.[6]) Hat der Gemeinschuldner dem Absonderungsberechtigten vor der K.-E. das Recht eingeräumt, in erster Linie seine Konkursforderung geltend zu machen und sich wegen des Ausfalls an den Absonderungsgegenstand zu halten, so wird dadurch an der Sache nichts geändert. Eine solche Zusicherung ist dem K.-V. und den K.-Gl. gegenüber unwirksam.

II. Verzicht auf das Absonderungsrecht.

Soweit der Absonderungsberechtigte auf den Absonderungsanspruch verzichtet, stehen ihm, wenn er eine Forderung hat, alle Rechte eines K.-Gl. zu. Der Verzicht ist jedoch ausdrücklich und in unbedingter Weise zu erklären. Die Annahme eines stillschweigenden oder bedingten Verzichts (Art. 568 des franz. Fall.-G. u. 513 des belg. Ges von 1851) wurde bei Aufstellung des Entw. verworfen (M. S. 274). Der Absonderungsberechtigte wird hiernach gleich andern K.-Gl. nur dann im Kv. zugelassen, wenn er den Verzicht in bestimmter und bindender Weise ausgesprochen hat. Dass er auf einzelne Befugnisse, welche ihm als Absonderungsberechtigten zustehen, verzichtet, genügt nicht; dagegen kann er, wenn er für einen Teil der Forderung auf das Absonderungsrecht verzichtet, für diesen ohne weiteres am Kv. Anteil

1) Fitting § 10 Nr. V; v. Völderndorff Bd. 1 S. 656; v. Wilmowski S. 256; R.-G. (III.) 29. Jan. 1884, (I.) 20. Okt. 1888, 5. Juli 1890; Jur. Woch. 1884 S. 89, 1888 S. 425; Entsch. Bd. 26 S. 110 ff., bes. 112; bayer. ob. Landesg. 4. Mai 1887, Samml. Bd. 12 S. 634; Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 126 ff.; Bl. f. R.-A. Bd. 52 S. 203 ff.

2) R.-G. (I.) 20 Okt. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 153 ff., bes. 154; bayr. ob. Landesger. 4. Mai 1887 a. a. O. u. Puchelts Z. Bd. 18 S. 476 ff., bes. 492 ff.

3) Zeller in Bl. f. R.-A. Bd. 52 S. 273 ff.; ferner R.-G. (II.) 10. Okt. 1884, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 538; Grünewald, Rechtsgrunds. Bd. 12 S. 56.

4) R.-G. (I.) 5. Juli 1890, Entsch. Bd. 26 S. 110 ff., bes. 112, 113.

5) R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. 16 S. 36; O.-L.-G. Köln 2. Dez. 1880, rhein. Arch. Bd. 72 II. S. 72 ff.; O.-L.-G. Frankfurt 10. Apr. 1888, Frankf. Rundschau 1888 S. 244 ff.; O.-L.-G. Colmar 31. Jan. 1890, Jur. Z. für E.-L. Bd. 15 S. 418 ff.

6) v. Völderndorff Bd. 1 S. 655; Willenbücher S. 119 Nr. 3; v. Wilmowski S. 258 Nr. 2 a. E; R.-O.-H.-G. 25. Febr. 1873, Entsch. Bd. 9 S. 96, 97; R.-G. (I.) 20. Dez. 1879, (II.) 25. Okt. 1881, (V.) 21. Jan. 1882 und 18. Sept. 1886, (V.) 18. Febr. 1886, (I.) 2. Febr. 1889, (V.) 19. Nov. 1890; Entsch. Bd. 1 S. 183, Bd. 5 S. 394 ff., Bd. 6 S. 66, Bd. 16 S. 68; O.-L.-G. Köln 27. Okt. 1883, rhein. Arch. Bd. 74 II. S. 61, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 6 S. 139; Bolze, Bd. 7 Nr. 1262; Jur. Woch. 1891 S. 10, 11.

nehmen. Die abweichenden Bestimmungen des franz. und belg. Fallimentsges. wurden auch in dieser Richtung bei Aufstellung des Entwurfes nicht für gerechtfertigt gehalten (M. S. 274, 275). Der einmal gültig erklärte Verzicht wirkt auch nach Aufhebung des Kv. fort.

III. Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung.

Soweit der Absonderungsberechtigte nicht auf seinen Absonderungsanspruch verzichtet, könnte er streng genommen nur dann an dem Kv. teilnehmen, wenn sein Ausfall feststeht. Diese in der engl. und amerikan. Gesetzgebung durchgeführte Forderung wurde aber in der K.-O. aufgegeben, weil darin eine nicht gerechtfertigte Härte gegen den Absonderungsgläubiger liege, der nicht ungünstiger gestellt werden dürfe als andere K.-Gl. mit unbestimmten oder bedingten Forderungen. Dessen Forderung besteht zwar nur im Betrage des Ausfalles, aber die Ausfallforderung ist doch eine schon begründete, wenngleich gewissermassen bedingte. Nur die Höhe, nicht der Bestand der Forderung ist bedingt; deshalb räumt die K.-O. dem Absonderungsberechtigten das Recht ein, behufs demnächstiger endgültiger Teilnahme vorerst den vollen Betrag seiner Forderung zur Prüfung und zur Feststellung zu bringen. Auch gestattet sie, obgleich der Verlust noch nicht endgültig feststeht, eine Berücksichtigung des mutmaasslichen Ausfalls in Ansehung der Abstimmungen (§ 88) und, sofern die abgesonderte Befriedigung betrieben wird, auch hinsichtlich der Abschlagsverteilungen (§ 141 Abs. 2). Bei der Schlussverteilung dagegen wird nach § 141 Abs. 1 nur ein feststehender Ausfall berücksichtigt. Ist der verpfändete oder sonst haftende Gegenstand bei der Schlussverteilung noch nicht verwertet, so steht nicht bloss, wie nach der pr. K.-O. (§ 248), den Faustpfandgläubigern, sondern auch den übrigen Absonderungsberechtigten ein Anspruch auf Berücksichtigung nicht zu. Solange nicht feststeht, dass der Absonderungsberechtigte einen bestimmten Ausfall erlitten hat, muss aber der ihm bei der Abschlagsverteilung zugewiesene Betrag zurückbehalten werden (§ 155 Z. 3).

§ 58.

Betagte Forderungen gelten als fällig.

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

(E. § 58; M. S. 275–278; K. S. 55; pr. K.-O. § 249).

1) Dass auch die zur Zeit der K.-E. noch nicht fälligen Forderungen berücksichtigt werden müssen, ist in allen Gesetzgebungen anerkannt. Die K.-O. geht nicht soweit als die franz. Gesetzgebung (Fallimentsges. Art. 444), nach welcher die K.-E. dem Gemeinschuldner gegenüber die Fälligkeit der noch nicht verfallenen Forderungen bewirkt. Die betagten Forderungen gelten vielmehr nur innerhalb der Grenzen des Kv., also lediglich dem K.-V. gegenüber als fällig. Sobald das Kv. aufgehoben, ein Gemeinschuldner sonach nicht mehr vorhanden ist, kommen auch die Wirkungen des § 58 in Wegfall. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich nicht auf § 152 Abs. 2 berufen, denn dort wird nichts über die Fälligkeit betagter Forderungen bestimmt, vielmehr eine ausserhalb des Kv. als fällig geltende Forderung vorausgesetzt. An sich wird aber durch die Feststellung in der Konkurstabelle ebensowenig wie durch diejenige in einem Urteile die Fälligkeit einer betagten Forderung herbeigeführt.[1]) Auch auf die Absonderungsberechtigten

[1]) So auch die Kommentare. A. M. nur Schultze, das deutsche Konkursr. S. 80 ff.

und auf diejenigen schwebenden Verbindlichkeiten, deren Erfüllung nach Tit. II. zu und aus der Masse geschehen soll, bezieht sich § 58 nicht. Eine betagte Forderung kann deshalb nicht etwa unter Verzicht auf die Teilnahme am Kv. zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung oder der Befriedigung aus dem nicht zur Masse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners vor Eintritt der Fälligkeit geltend gemacht werden. Das Gleiche gilt für das Verhältnis zum Bürgen. Auch Art. 1188 C. c. kann diesem gegenüber nicht angerufen werden.[1]) Die K.-O. geht übrigens weiter als die pr. K.-O. (§ 249), welche nur den Ansatz der noch nicht fälligen Forderungen bei der Verteilung der Masse in Betracht zog. Der Grundsatz gilt, wie bei den Verteilungen, so auch bei der Aufrechnung, bei den Beschlussfassungen der K.-Gl. und bei der Feststellung der Forderungen. Darum wurde in Abs. 1 die gegenwärtige Fassung gewählt. Die betagten Forderungen gelten übrigens auch dem K.-Gl. selbst gegenüber als fällig. Wenn auch die Befristung zu seinen Gunsten erfolgt war, ist er doch verpflichtet, bei der Anmeldung den jetzigen Wert seiner künftigen Forderung zu Grunde zu legen.

Ob eine betagte oder eine bedingte Forderung vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Wenn die Fälligkeit an ein Ereignis geknüpft ist, von dem zwar feststeht, dass es, aber nicht wann es eintritt, so wird § 62 Anwendung finden (M. S. 278, K. S. 55).

2) Den Gläubigern, deren Forderung verzinslich ist, erwächst aus der Vorschrift des Abs. 1 weder ein Gewinn, noch ein Nachteil, weil die seit der K.-E. laufenden Zinsen im Kv. nicht geltend gemacht werden können (§ 56 Z. 1). Dagegen würden die Gläubiger, denen eine noch nicht fällige unverzinsliche Forderung zusteht, wenn lediglich Abs. 1 zur Anwendung käme, mehr erhalten als ihnen gebührt und dadurch vor den K.-Gl. mit fälligen Forderungen bevorzugt werden. Dies zu verhüten, ist der Zweck des Abs. 2, nach welchem von derartigen Forderungen Zwischenzinsen in Abzug zu bringen sind. Bezüglich der Frage, in welcher Art diese Zinsen zu berechnen sind, wurde die sogen. Carpzowsche Methode, nach welcher dem Gläubiger die Zinsen seiner ganzen Forderung für den Zeitraum zwischen dem Tage der verfrühten Zahlung und dem Verfalltage abgezogen werden, verworfen, weil sie unrichtig ist und die K.-Gl. benachteiligt, welche, wenn die Fälligkeit erst nach zwanzig Jahren einträte, bei einem Zinsfusse von 5 Prozent ihre ganze Forderung verlieren würden. Um den Gläubiger nicht zu beeinträchtigen, soll ermittelt werden, wieviel seine Forderung zur Zeit ihrer Ausübung wert ist. Dieser Wert stellt sich aber auf diejenige Summe, welche mit Hinzurechnung ihres Zinsenertrags für den Zeitraum vom Tage der frühern Ausübung bis zum spätern Verfalltage dem Nennwerte der Forderung gleichkommt. Der erwähnte Grundsatz liegt sowohl der Hoffmannschen als der Leibnitzschen Methode zu Grunde. Beide unterscheiden sich aber dadurch, dass bei der ersten der Zinsenertrag nur in den einfachen Zinsen besteht, während nach der Leibnitzschen Methode auch Zinsen von Zinsen berechnet werden. Von der letztern Berechnungsart wurde Umgang genommen, weil sie von der Voraussetzung ausgehe, dass der Empfänger die gewonnenen Zinsen augenblicklich wieder als Kapital zinsbar anlegen könne, dies aber im praktischen Leben namentlich bei kleinen Beträgen nur selten möglich sei. Es sind deshalb Zinseszinsen nicht in Ansatz zu bringen, vielmehr die Zwischenzinsen lediglich nach der Hoffmannschen Methode zu berechnen (M. S. 277).

3) Als Ausgangspunkt bei der Bemessung des Zeitraums, für welchen Zwischenzinsen zu berechnen sind, hat die deutsche K.-O. nicht wie die preuss. den „Zahlungstag", sondern den Zeitpunkt der K.-E. (§ 100) angenommen, von welchem ab die Schuldenmasse und der Umfang jeder Konkursforderung feststeht. Von diesem Zeitpunkte an hört der Bezug von Zinsen aus der Masse auf und verlieren die verzinslichen Forderungen den

[1]) R.-G. (II.) 11. Febr. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 356 und die Kommentare.

Zinsgenuss bis zur Auszahlung. Deshalb erleiden, um mit ihnen gleichgestellt zu werden, die unverzinslichen Forderungen den Zinsabzug von der K.-E. ab. Auch wenn die Forderung, welche am Tage der K.-E. noch nicht fällig war, zur Zeit der Anmeldung fällig geworden ist, muss hienach ein Zinsabzug für die zwischen der K.-E. und dem Tage der Fälligkeit liegende Zeit stattfinden.[1]) Als Zinsfuss kommt der gesetzliche Zinsfuss in Betracht, der am Wohnsitz des Gemeinschuldners gilt. Dieser Ort ist deshalb maassgebend, weil die Forderung da ihren Sitz hat. Ist die Forderung zu einem geringeren Zinsfuss als dem gesetzlichen zu verzinsen, so ist Abs 2 des § nicht anwendbar, denn die Forderung ist immerhin eine verzinsliche.

4) Bei der Berechnung der Zwischenzinsen muss nach der bestimmten Fassung des Gesetzes der ganze Zeitraum zu Grunde gelegt werden, welcher zwischen der K.-E. und dem Tage liegt, an welchem die Fälligkeit eintritt. Es ist deshalb nicht gestattet, wie es bei Kaufleuten üblich ist, den Monat einfach zu 30 und das Jahr zu 360 Tagen zu berechnen. Jedenfalls ist diese Berechnungsweise bei Nichthandelssachen unzulässig. Die Berechnungsart des zu suchenden Kapitals X ergiebt sich, wenn die betagte Forderung mit A, der in Betracht kommende Zeitraum mit B bezeichnet und der Zinsfuss von 5 Prozent zu Grunde gelegt wird, aus folgender Gleichung:

$$X + \frac{B.5.X}{100} = A, \text{ demnach } X = \frac{100 \;.\; A}{100 + 5\,B}$$

Wird nach Tagen gerechnet, so ist folgende Gleichung zu benutzen, bei welcher die Zahl der Tage mit B bezeichnet ist:

$$X + \frac{B.5.X}{100.365} = A, \text{ folglich } X = \frac{100 \;.\; 365 \;.\; A}{100.363 + 5\,B}$$

§ 59.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.

(E. § 59; M. S. 279; K. S. 55; pr. K.-O. § 250 Z. 2).

Ist der Forderung eines K.-Gl. eine auflösende Bedingung beigefügt, so ist nicht deren Bestand, sondern deren Auflösung bedingt. Deshalb wird sie wie eine unbedingte Forderung behandelt. Dies gilt sowohl bezüglich der Beschlussfassung als bei der Verteilung. Überall sind derartige Forderungen ihrem vollen Betrage nach anzusetzen. Wegen der Rückzahlung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung ist der K.-Gl. nur dann zu einer Sicherheitsbestellung verpflichtet, wenn eine solche Verpflichtung auch dem Gemeinschuldner gegenüber bestand. Ist dies der Fall, so werden nach § 155 Z. 4 die auf ihn fallenden Anteile aus der Verteilung zurückgehalten bis feststeht, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Mit Rücksicht darauf muss schon bei Anmeldung und Prüfung der Forderung — nötigenfalls im Wege des Feststellungsprozesses (§ 134)[2]) — die Frage erledigt werden, ob der Gläubiger zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist oder nicht. Die Feststellung der Art und des Umfanges der Sicherheit kann dem Zeitpunkte der Verteilung vorbehalten bleiben. Aber auch bezüglich dieses Punktes muss, wenn nicht gütliche Einigung erfolgt, ein besonderer Prozess geführt werden. Dass in dem Prozess über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auch deren Art und Höhe festgestellt wird, ist

[1]) v. Völderndorff Bd. 1 S. 667.

[2]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 462 a. E.

zulässig. Ja dieses Verfahren empfiehlt sich mit Rücksicht auf die Verminderung der Prozesse. Auf bedingte Forderungen des Gemeinschuldners bezieht sich § 59 nicht.[1])

§ 60.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

(E. § 60; M. S. 279—285; K. S. 55; pr. K.-O. § 250 Z. 1, § 86).

1) Der Gläubiger, dessen Forderung vom Eintritte einer aufschiebenden Bedingung abhängt, ist K.-Gl., weil ihm schon zur Zeit der K.-E. ein begründeter Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner (§ 2), nämlich der Anspruch zusteht, dass, wenn das bestimmte Ereignis eintritt, die versprochene Leistung erfolge. Ob der Anspruch auf einem Vertrag, auf einer letztwilligen Verfügung oder auf dem Gesetze beruht, ist einerlei. Derartige K.-Gl. haben, so lange die Bedingung schwebt, keinen Anspruch darauf, dass ihnen auf ihre Forderung irgend etwas aus der Masse ausgezahlt werde, weil es ungewiss ist, ob sie den bedingt geschuldeten Gegenstand jemals werden fordern können. Dies gilt selbst dann, wenn der Schuldner verpflichtet ist, für den Fall des Nichteintritts der Bedingung Sicherheit für die Rückgabe des Empfangenen zu bestellen. Die bedingte Forderung gewährt nur das Recht darauf, dass der Gegenstand der Forderung bei Eintritt der Bedingung dem Gläubiger nicht vorenthalten werde. Der Gläubiger kann daher nur Sicherstellung verlangen. Auch der Cessionar, dem wegen der Gewährleistung für den Eingang der Forderung eine (bedingte) Rückgriffsforderung zusteht, ist K.-Gl., wird somit nach § 178 K.-O. von den Wirkungen des Zwangsvergleichs betroffen,[2]) kann aber auch Sicherstellung beanspruchen. Das Gleiche gilt von der Ehefrau, der für den Fall, dass ihr Einbringen nicht in Natur zurückgewährt werden kann, ein Ersatzanspruch gegen den Ehemann zusteht. Wenn die Ehefrau ihre Ersatzforderung im Kv. angemeldet hat, ist dem Art. 1444 C. c. auch dann genügt, wenn diese Anmeldung vor dem Ausspruch der Gütertrennung stattgefunden hat.[3])

2) Die Art und der Umfang der Sicherstellung ist in den einzelnen Ländern in sehr verschiedener Weise geregelt (M. S. 280 ff.). Die K.-O. giebt die maassgebenden Vorschriften in den §§ 142 und 155, während § 60 nur den leitenden Grundsatz aufstellt. Die im Entwurfe enthaltene Verweisung auf § 142 wurde, weil man die Verweisung auf einen spätern § thunlichst vermeiden wollte, gestrichen, ohne dass dadurch an dem Inhalte des § etwas geändert worden ist (K. S. 55). Nach den erwähnten §§ wird dem Anspruche auf Sicherstellung dadurch genügt, dass bei jeder Abschlagszahlung für den bedingten Gläubiger der volle Betrag zurückgehalten wird, welcher auf die Forderung entfallen würde, wenn sie unbedingt wäre. Ist der Eintritt der Bedingung bis zur Schlussverteilung nicht erfolgt, so ist auf diejenigen bedingt Berechtigten keine Rücksicht zu nehmen, bezüglich deren eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Sicherstellung nicht bestand. Die bis dahin zurückbehaltenen Beträge sind unter die K.-Gl. zu verteilen, deren Forderungen feststehen (§ 142 Abs. 2, § 144, M. S. 282). Steht dem Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung zu, so ist dagegen auch bei der Schlussverteilung (§ 150) der volle Betrag zurückzuhalten, welcher auf die Forderung, falls sie unbedingt wäre, bei der Verteilung entfallen würde. Die Sicherheitsleistung kann unter dieser Voraussetzung auf dem Wege der Klage verlangt werden und zwar auch eventuell für den Fall, dass die Forderung festgestellt wird.[4]) In der Gläubigerversammlung ist der

[1]) O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1888; Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 10 S. 17 ff.

[2]) O.-L.-G. Köln 27. Febr. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 II. S. 5.

[3]) Ldg. Metz 25. Okt. 1887; Puchelts Z. Bd. 19 S. 337.

[4]) O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1882, bad. Annal. 1884 S. 357 ff, Juristenzeit. Bd. 10 S. 231.

Gläubiger, solange ein Widerspruch nicht erhoben wird, in derselben Weise stimmberechtigt, als ob die Forderung nicht bedingt wäre. Erhebt der K.-V. oder ein K.-Gl. hiegegen Widerspruch, so entscheidet (nach § 88) das Gericht darüber, ob und zu welchem Betrage der Gläubiger stimmberechtigt ist.

3) Unter welchen Voraussetzungen für bedingte Forderungen die erwähnte Sicherstellung verlangt werden kann, ist in der K.-O. nicht geregelt, vielmehr nach der Natur der Forderung und nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen. Der Gläubiger kann jedoch seinen Anspruch nicht geltend machen, wenn bereits feststeht, dass die Bedingung nicht erfüllt werden wird. Deshalb kommt der Anspruch auch dann in Wegfall, wenn die vor der K.-E. gesetzte Bedingung nach dieser nur durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners erfüllt werden könnte, welche nach § 6 den K.-Gl. gegenüber nichtig wäre. Hiebei scheidet der Fall, in welchem eine Verbindlichkeit unter der Bedingung des nackten Wollens (si voluerim) begründet worden ist, von vornherein aus, weil eine derartige vor der K.-E. abgegebene Erklärung von Anfang an nichtig ist. In diesen Fällen wirkt die spätere Rechtshandlung des Gemeinschuldners nicht als Erfüllung der Bedingung. Vielmehr wird dadurch erst die Forderung begründet. Es gehören sonach nur solche Fälle hierher, bei welchen die Erfüllung der Bedingung nicht von einem blossen Wollen oder Nichtwollen, sondern von einer anderweitigen Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners abhängt. Da nun jede willkürliche Thätigkeit oder Unthätigkeit des Gemeinschuldners als Rechtshandlung (rechtserhebliche Handlung) angesehen werden muss (§ 6 Bem. I. 2 a. E. S. 42.), so ist eine nach der K.-E. vorgenommene Handlung dieser Art, gemäss § 6 den K.-Gl., bezw. dem K.-V. gegenüber nichtig (M. S. 279). Für den letzteren liegt die Sache hiernach ebenso, als ob die Handlung nicht vorgenommen, sondern die Erfüllung ausgeblieben wäre. In dieser Beziehung kommt auch nichts darauf an, ob die bedingte Forderung durch den Gemeinschuldner selbst oder durch die Handlung eines Dritten, z. B. des Erblassers, begründet worden ist und ob die Thätigkeit des Gemeinschuldners an sich als eine rechtswidrige erscheint. Die Anwendung des § 6 ist auch dann geboten, wenn letzteres nicht der Fall ist. Nur dann muss die Bedingung, obgleich die Erfüllung durch den Gemeinschuldner herbeigeführt wurde, auch dem K.-V. gegenüber als erfüllt gelten, wenn jener nicht willkürlich, sondern gezwungen oder unbewusst thätig war, eine Rechtshandlung desselben also nicht vorliegt. Ist nicht eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners in Frage, oder wurde dem K.-Gl. von einem Dritten, z. B. einem Erblasser, ein bestimmter Anspruch für den Fall eingeräumt, dass der Gemeinschuldner irgend eine Handlung vornehmen oder unterlassen sollte, beruht also der Anspruch gerade auf der Zuwiderhandlung gegen einen Vertrag oder eine letztwillige Verfügung, welche in der Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners zu finden ist, so kann hiernach der Anspruch des bedingten Gläubigers gerechtfertigt sein, obgleich der Eintritt der Bedingung von einer Thätigkeit oder Unthätigkeit des Gemeinschuldners abhängt.[1])

4) Eine besondere Bedeutung für den geschäftlichen, besonders für den Wechselverkehr haben die Rückgriffsforderungen von Bürgen und Mitschuldnern des Gemeinschuldners, welchen deshalb stets eine besondere Beachtung geschenkt wurde. Deren Eigenschaft als bedingte Forderung stellt zunächst ausser Frage, dass der Berechtigte sein vor der K.-E. begründetes Rückgriffsrecht im Kv. verfolgen kann, wenngleich die Bedingung des Rückgriffs — seine Zahlung an den Gläubiger — erst nach der K.-E. eingetreten ist (M. S. 282). Verschieden ist aber die Behandlung der Rückgriffsforderungen bis zum Eintritt der Bedingung. Während das gemeine und das rhein. Recht es dem

[1]) Eccius Bd. 1 S. 807 § 118 Nr. 4; Endemann S. 493; Fuchs S. 78 Anm. 18; Hullmann S. 212; v. Sarwey S. 517 ff. Nr. 3; Stieglitz S. 396 Nr. 1; Wengler S. 401; Willenbücher S. 121 Nr. 1; v. Wilmowski S. 260. A. M. Fitting § 8 Anm. 24 und v. Völderndorff Bd. 1 S. 670, 671, welcher nur auf das einfache Wollen gestellte Bedingungen hierher rechnet.

Bürgen und Mitschuldner gestatten, auch bevor er den Gläubiger bezahlt und noch bevor ihn dieser in Anspruch genommen hat, seine eventuelle Rückgriffsforderung geltend zu machen,[1]) bestimmte die pr. K.-O. (§ 86 Abs. 2): „Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können, insoweit als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig (etwa) zu leistenden Zahlungen liquidieren." Diese Vorschrift wurde bei Aufstellung des Entwurfes für ungerechtfertigt erklärt, weil aus der Anmeldung allein der Masse niemals ein Nachteil erwachsen könne, und der Gläubiger sich sehr oft gar nicht im Kv. melde. Auch wurde es für überflüssig gehalten, das Anmeldungsrecht der Mitschuldner und Bürgen auf den Fall zu beschränken, dass die Forderung vom Gläubiger im Kv. nicht geltend gemacht werde. Eine solche Vorsorge war auch in der That überflüssig. Wird die angemeldete Rückgriffsforderung wie jede andere bedingte Forderung behandelt, so ist der bedingt Berechtigte von dem Empfange jeder Hebung ausgeschlossen; es kann für ihn nur Sicherstellung erfolgen, und in diesem Falle wird ein entsprechender Betrag zurückbehalten. Meldet sich nun der Gläubiger vor der Schlussverteilung (§ 143), so entscheidet sich dadurch zugleich, ob für den Rückgriff die Bedingung fehlt. Der Rückgriff fällt nicht bloss insoweit, als der Gläubiger aus der Masse Zahlung erhält, sondern auch inbetreff des von diesem erlittenen und von dem Bürgen oder Mitschuldner ihm zu zahlenden oder gezahlten Ausfalls fort, soweit der Rückgriff auf einem Eintritte in die Rechte des Gläubigers beruht. Denn wiewohl dessen Befriedigung nur nach den Kräften der Masse erfolgt, ist ihr gegenüber die Forderung erledigt. Aus der Masse kann für eine bestimmte Forderung nur einmal Befriedigung verlangt werden; deshalb kann der Bürge nicht neben dem Gläubiger auftreten und auch seinerseits Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit verlangen. Für die Masse wird die Forderung des K.-Gl. durch die konkursmässige Befriedigung getilgt, und diese Tilgung muss für sie ebenso die Tilgung des Rückgriffsanspruchs bewirken wie eine ausserhalb des Kv. erfolgte Zahlung. Dieser Satz gilt auch dann, wenn ein Zwangsvergleich abgeschlossen wurde, denn der im Zwangsvergleiche bestimmte Teilbetrag gilt als Befriedigung und nur derjenige darf solche verlangen, der als K.-Gl. auftreten kann. Da der Bürge nicht neben dem Gläubiger selbst seine Rückgriffsforderung im Kv. geltend machen kann, so ist er auch nicht berechtigt, den Betrag nochmals zu verlangen, der nach dem Zwangsvergleiche auf die in Frage stehende Forderung trifft.[2])

5) Eine weitere Beschränkung der Ansprüche der Mitschuldner und Bürgen enthielt § 86 Abs. 2 der pr. K.-O. insofern, als dort noch gesagt war, diese sollten „nur berechtigt sein, mittels Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten", sonach neben der Befriedigung des Gläubigers eine Entschädigung des zahlenden Mitschuldners oder Bürgen aus der Masse nicht gestattet war. Auch diese Vorschrift wurde nicht in die K.-O. aufgenommen. In den Mot. (S. 284, 285) wurde unter Bezugnahme auf die preuss. Rechtsprechung[3]) dargelegt, der Bürge dürfe zwar nicht neben dem Gläubiger

[1]) Bayr. ob. Landesg. 3. Juli 1889, Samml. Bd. 12 S. 267; O.-L.-G. Zweibrücken 18. März 1889, Z. f. d. rheinpr. Not. Bd. 34 S. 218 ff.

[2]) R.-G. (II.) 24. April 1883 und (Verein. C.-S.) 15. Febr. 1886, Entsch. Bd. 9 S. 75 und Bd. 14 S. 172 ff., bes. S. 178, 179; O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 398 ff.; Puchelts Z. Bd. 16 S. 472; O.-L.-G. Köln 27. Febr. 1886, rhein Arch. Bd. 77 II. S. 5; O.-L.-G. Dresden 5. Nov. 1888, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 298. Anders war vom R.-G. früher entschieden worden. Vgl. Entsch. Bd. 7 S. 80, Bd. 8 S. 291, Blum, Urt. und Ann. Bd. 2 S. 367 ff.

[3]) Vergl. die Urt. des preuss. Obertrib. vom 24. April 1860, 11. Juni, 12. Sept. und 17. Okt. 1861 (Striethorst, Bd. 37 S. 192 ff., Bd. 41 S. 329 ff. und Bd. 43 S. 147 ff.; Entsch. Bd. 46, Arch. f. Wechselr. Bd. 11 S. 83). Dort wurde entschieden, dass § 86 pr. K.-O. nicht anwendbar sei, wenn wegen Zahlung eines acceptierten Gefälligkeitswechsels geklagt werde, weil es sich bei diesem Rückgriffe nicht um die Wechselforderung, sondern um eine selbständige Forderung handle.

mit einer Entschädigungsforderung auftreten, soweit er nur dessen Rechte ausübe oder vom Gemeinschuldner Erstattung des von ihm Geleisteten ex versione in rem oder ex negotiorum gestione fordere, aber dann bemerkt, es gebe doch Fälle, in welchen der Bürge seine Rückgriffsforderung im Kv. geltend machen dürfe. Insbesondere wurde ausgeführt, obgleich der Gläubiger für seine Forderung aus der Masse Befriedigung gesucht habe, müsse aus derselben dem Bürgen oder Mitschuldner für dessen Forderung aus dem Mandatsverhältnisse Schadloshaltung gewährt werden für das, was er infolge dessen dem Gläubiger habe zahlen müssen. Diese Ausführungen der Mot., welchen die von dem frühern preuss. Obertrib. vertretene Auffassung zu Grund liegt, dass die erwähnte Vorschrift der preuss. K.-O. auf selbständige Rückgriffsforderungen angewendet, prinzipwidrig sei, erscheinen jedoch, wie in dem Urteil des Reichsgerichts vom 15. Februar 1886 zutreffend dargelegt wurde, als unhaltbar. Der Hauptschuldner darf nie in die Lage kommen, für die nämliche Forderung an den Gläubiger und an den Bürgen Zahlung leisten zu müssen; vielmehr hat er nur entweder an den Gläubiger oder, wenn dieser von dem Bürgen befriedigt wurde, an den letztern zu zahlen. Für ihn besteht nur eine einheitliche Schuld, mag die Rückgriffsforderung auf einem selbständigen Rechtsgrunde beruhen oder nicht. An diesem Verhältnisse wird aber nichts durch die K.-E. geändert, welche nicht die Folge haben kann, dass die bestehende Forderung sich vervielfältigt und die Verpflichtungen der Masse sich demgemäss erhöhen. Da der Gläubiger, soweit es sich um die Masse handelt, durch die der vollen Zahlung gleichzuachtende Zahlung des ermittelten Teilbetrags befriedigt wird, darf der Bürge mit einem Rückgriffsanspruch, der dem Gemeinschuldner gegenüber begründet sein kann, unter keinerlei Umständen im Kv. neben dem Gläubiger auftreten, oder neben diesem den auf die Forderung treffenden Zwangsvergleichsbetrag verlangen.[1])

6) Soweit der Bürge nicht neben dem Gläubiger, sondern an Stelle desselben im Kv. auftritt, richten sich die Fragen, unter welchen Voraussetzungen er hierzu berechtigt ist und welche Forderung ihm zusteht, nach dem bürgerlichen Rechte, bezw. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Nach rhein. Rechte steht dem Bürgen, auch wenn er sich ohne Vorwissen des Schuldners verbürgt hat, falls er an den Gläubiger zahlen musste ohne weiteres der Rückgriff gegen den Schuldner zu (Art. 2028 C. c.). Auch kann er in allen Fällen Schadenersatz von diesem verlangen. Solange der Bürge nicht bezahlt hat, kann der Gläubiger nach Art. 2032 C. c. zwar nicht Zahlung aber Sicherstellung fordern.[2]) Er ist, da ihm eine bedingte Rückgriffsforderung zusteht, berechtigt, diese nach § 60 im Kv. über das Vermögen des Hauptschuldners anzumelden. Steht eine derartige Forderung der in Gütergemeinschaft stehenden Ehefrau des Gemeinschuldners zu, so kann sie diese als bedingte Forderung anmelden, bevor sie Gütertrennung erwirkt und auf die Gütergemeinschaft verzichtet hat, denn zur Vornahme der Schritte, durch welche ihre eventuelle Forderung sichergestellt werden soll, ist die Ehefrau auch vor Auflösung der Gütergemeinschaft berechtigt.[3]) Soweit eine besondere Vorschrift nicht besteht, kann der Bürge ausser der Erstattung dessen, was er an den Gläubiger zahlen muss, Ersatz des weitern ihm erwachsenen Schadens nur dann vom Schuldner verlangen, wenn er sich auf dessen Wunsch oder wenigstens in dessen Interesse verbürgt hat, nicht aber, wenn die Bürgschaft lediglich im Interesse

[1]) Vgl. die auf S. 294 in Anm. 2 angef. Urt. des R.-G.; ferner: Dernburg Bd. 2 § 122 Anm. 10; Endemann S. 492; Goldschmidt in seiner Z. Bd. 14 S. 404 ff. und in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 345 ff., bes. S. 379 ff.; Meisner S. 239, 240; v. Wilmowski S. 261; R.-O.-H.-G. 11. Febr. 1873, Entsch. Bd. 9 S. 43 ff., bes. S. 46. A. M. Fuchs S. 79; v. Sarwey S. 522 ff.; Stieglitz S. 398; v. Völderndorff Bd. 1 S. 675, 676; Wengler S. 405, 406.

[2]) Zachariä-Dreyer Bd. 2 § 426 Nr. 10a und 11; R.-G. (II.) 2. Dez. 1884, Puchelts Z. Bd. 17 S. 48, Jur. Woch. 1885 S. 40; O.-L.-G. Köln 11. Juni 1881, rhein. Arch. Bd. 75 II. S. 25; O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1882, bad. Ann. J. 1884 S. 231.

[3]) Zachariä-Dreyer Bd. 2 §§ 511 u. 519 S. 205, 254, 259; Puchelts Z. Bd. 4 S. 103; O.-L.-G. Karlsruhe a. a. O. und Ann. Bd. 20 S. 276.

des Gläubigers, ja vielleicht gegen den Willen des Schuldners übernommen wurde. Auch kann er, selbst wenn er noch nicht an den Gläubiger gezahlt hat, seinen im Falle der Nötigung zur Zahlung entstehenden Anspruch auf Eintritt in die Rechte des Gläubigers im Kv. geltend machen und Sicherstellung desselben verlangen. Insbesondere steht dieses Recht dem Indossanten eines Wechsels zu, der sonach, auch wenn er den Wechsel nicht eingelöst hat, berechtigt ist, den Anspruch, der ihm erwächst, wenn er zur Einlösung gezwungen wird, im Kv. anzumelden. Dass der Indossant nur, wenn er den Wechsel vor K.-E. eingelöst hat, zur Aufrechnung befugt ist, wie von manchen Schriftstellern angenommen wird (Bem. III. 2 zu § 48), hat mit dieser Frage nichts zu thun.[1]

7) Ist der Gemeinschuldner selbst Bürge, so können alle ihm zustehenden Einwendungen, insbesondere die Einrede der Vorausklage oder der Teilung vom K.-V. geltend gemacht werden. Geschieht dies mit Erfolg, so kann der Gläubiger seinen bedingten Anspruch nur gemäss § 60 ausüben und Sicherstellung verlangen. Haftet der Bürge neben dem Schuldner für das Ganze, so kommt § 61 zur Anwendung.

§ 61.

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

(E. § 61; M. S. 285—289; K. S. 55—58, 131; pr. K.-O. § 87).

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Der Gläubiger kann die Leistung auch dann nur einmal fordern, wenn mehrere Personen samtverbindlich haften. Deshalb verringert an sich jede Teilzahlung eines Schuldners die Forderung auch in Ansehung der Mitschuldner derart, dass der Gläubiger von diesen, selbst wenn sie auf das Ganze verurteilt wurden, immer nur den Rest seiner Forderung verlangen kann; jede Teilzahlung aus einer Masse würde daher die gleichzeitig in einem andern Kv. angemeldete Forderung dergestalt mindern, dass in diesem Verfahren der Anteil des Gläubigers nicht vom vollen Betrage, sondern nur von dem nach Abzug der Teilzahlung verbleibenden Reste zu berechnen wäre, und könnte der Gläubiger, wenn sämtliche Schuldner in Konkurs geraten sind, selbst dann volle Befriedigung nicht erhalten, wenn die verschiedenen Massen zusammen mehr als 100 Prozent ergeben. Aus der letzten Masse würde der Gläubiger immer nur einen Teil seiner Restforderung erhalten. Deshalb wurde mit Rücksicht darauf, dass jeder Schuldner an sich für den vollen Betrag haftet, und dass daran die K.-O. nichts ändert, durch § 61 eine Ausnahmevorschrift getroffen. Hiernach übt diejenige Teilzahlung, welche der Gläubiger nach der K.-E. erhält, auf die Höhe der anzumeldenden Forderung keinen Einfluss.[2] Vielmehr wird die zur Zeit der K.-E. bestehende Forderung bei der Verteilung zu Grunde gelegt. Hat der Gläubiger von A. und B., welche sich gleichzeitig in Konkurs befinden, 2000 Mark zu beanspruchen, so kann er hiernach in jedem Kv. die ganze Forderung anmelden, und erhält er in dem Konkurs von A. 50 %, also 1000 Mark, so bleibt im Konkurse von B. die Anmeldung von 2000 Mark in Kraft. Wenn

[1] v. Sarwey S. 524; Stieglitz S. 399; Willenbücher S. 122 Nr. 3. A. M. Hullmann S. 215.
[2] R.-G (I.) 29. Oktober 1890, Bolze Bd. 11 Nr. 938.

die Teilzahlung auch hier 50 % beträgt, wird der Gläubiger sonach vollständig befriedigt, während er ohne die Vorschrift des § im zweiten Konkurse nur 500 Mark, im ganzen also nur 1500 Mark erhalten würde. Dass der Gläubiger niemals mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten darf, die nach der K.-E. von anderer Seite geleisteten Zahlungen also insoweit zu berücksichtigen sind, als sie den Höchstbetrag dessen bestimmen, was der Gläubiger beanspruchen kann, ergiebt sich aus der Natur der Sache (Bem. III). Der aufgestellte Grundsatz gilt auch, soweit die Zahlung in Vollzug eines Zwangsvergleichs geleistet wird. Zwar erfolgt die Befriedigung hier ausserhalb des Kv. Aber es wird in diesem festgestellt, in welcher Höhe die einzelnen Forderungen zur Teilnahme berechtigt sind (§ 60 Bem. 4).[1])

2) Nach der pr. K.-O. wurde vorausgesetzt, dass sämtliche Mitverpflichteten in Konkurs geraten seien. Nach dem Entwurfe wurde wenigstens verlangt, dass über das Vermögen „mehrerer" samtverbindlich haftender Personen das Kv. eröffnet worden sei. Die Reichstagskommission dehnte aber die Vorschrift noch weiter aus, so dass sie auch dann zur Anwendung gelangt, wenn nur einer der Verpflichteten sich im Konkurse befindet (K. S. 55 – 58, 131). Auch in diesem Falle kann sonach der Gläubiger die zur Zeit der K.-E. bestehende Forderung festhalten, obgleich er nachträglich von einem nicht im Konkurs befindlichen mitverpflichteten Schuldner Zahlung erhalten und noch weitere zu erwarten hat. Diese Zahlungen haben nur einen Einfluss auf die Berechnung der vollen Befriedigung.[2]) Jedoch darf die schliesslich bezahlte Summe nicht mehr betragen als die Restforderung des Gläubigers. Die vor der K.-E. erfolgten Zahlungen müssen dagegen unter allen Umständen, gleichviel ob sie durch einen K.-V. oder durch einen andern Mitverpflichteten oder durch einen unbeteiligten Dritten geleistet wurden, bei Anmeldung der Forderung berücksichtigt werden.[3])

3) Steht dem Gläubiger der mehreren in Konkurs geratenen Schuldner ein Pfand- oder Vorzugsrecht zu, welches ihm ein Absonderungsrecht gewährt, und wird er nicht schon durch den Erlös aus den Gegenständen der abgesonderten Befriedigung vollständig gedeckt, so erfährt der in § 61 aufgestellte Grundsatz insofern eine Beschränkung, als die Zeit der K.-E. für die Höhe der Forderung, welche als Konkursforderung nur hinsichtlich des Ausfalls geltend gemacht werden kann (§ 57), nicht unbedingt maassgebend ist. Dies gilt jedoch nur für dasjenige Kv., in welchem ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird, d. h. in dem der Gläubiger aus einem zur Masse gehörigen Gegenstand abgesonderte Befriedigung sucht. Nur hier kann von der Anwendung des § 57 die Rede sein. In einem Kv., in welchem eine abgesonderte Befriedigung nicht in Frage steht, kann der Gläubiger, obgleich ihm ein Pfandrecht an einer nicht zur Masse gehörigen Sache zusteht, doch seine ganze Forderung anmelden. Dies gilt auch dann, wenn der Eigentümer der verpfändeten Sache sich gleichfalls im Konkurse befindet und zugleich für die ganze Forderung haftet, so dass § 61 anwendbar ist. Letzterer zwingt den Gläubiger nicht, in beiden Kv. die gleiche Forderung anzumelden, sondern ermächtigt ihn nur, ohne Rücksicht auf die andern Solidarschuldner den ganzen Betrag anzumelden, den er bei der K.-E. zu fordern hat. Dies gilt auch dann, wenn von verschiedenen Personen mehrere Sachen verpfändet worden sind. § 57 ist immer nur in demjenigen Kv. zur Anwendung zu bringen, in welchem ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird.[4])

[1]) v. Sarwey S. 529 Nr. 3.

[2]) R.-G. (II.) 24. April 1883, Entsch. Bd. 9 S. 77; R.-G. (I.) 29. Okt. 1890, Bes. Beil. z. R.-A. 1891 S. 10 ff.; O.-L.-G. Dresden 28. Mai 1885, Wengler, Arch. N. F. Bd. 6 S. 473.

[3]) v. Wilmowski S. 265 Nr. 4. A. M. Ladenburg, Z. für vergleich. Rechtsw. Bd. 2 S. 247 ff., welcher gegen den Wortlaut des Gesetzes den Zeitpunkt der Anmeldung für maassgebend hält.

[4]) Willenbücher S. 124 Nr. 2 a. E.; v. Wilmowski S. 264 Nr. 1 a. E. A. M. v. Völderndorff Bd. 1 S. 683 lit. F.

II. Beschaffenheit der Verpflichtungen.

1) Von einer Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation wurde Umgang genommen, weil dieser Unterschied in manchen Rechtssystemen ganz verwischt sei, in andern verschieden aufgefasst werde. Vorausgesetzt wird nur, dass die mehreren Schuldner für dieselbe Leistung auf das Ganze haften. Ob nur ein einziges Schuldverhältnis oder eine Mehrheit von Schuldverhältnissen besteht, ist gleichgültig, ebenso, ob die Haftung der einzelnen Schuldner auf gleichen oder auf verschiedenen Rechtsgründen beruht und ob alle Schuldner von vornherein Hauptschuldner waren, oder zum Teil durch Übernahme einer fremden Schuld oder Bürgschaftsleistung Mitschuldner geworden sind. Es genügt, dass der Gläubiger zur Zeit der K.-E. befugt war, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen. In Ansehung der wechselrechtlichen Verhältnisse erscheint zwar § 61 insoweit als überflüssig, als der Gläubiger schon nach Wechselrecht befugt ist, ohne Rücksicht auf die aus der einen Masse erhaltene Abschlagszahlung die ganze Forderung in dem andern Kv. geltend zu machen.[1]) Aber auch dann ja gerade dann, wenn die Zahlung wechselmässig tilgt,[2]) soll die aus dem Wesen des Kv. entnommene Ausnahmevorschrift Platz greifen, insbesondere, wenn der Acceptant oder ein Vormann des Gemeinschuldners die wechselmässig abgeschriebene Teilzahlung bewirkt hat.[3])

2) Auf das Ganze haftet auch der Solidarbürge, welcher nicht für den vollen Betrag der Forderung, sondern nur bis zu einer bestimmten Höhe verpflichtet ist, denn soweit es sich um diesen Betrag handelt, haftet er immerhin mit dem Hauptschuldner „für dieselbe Leistung auf das Ganze.“ Es bestehen in diesem Falle nicht zwei verschiedene Forderungen. Vielmehr haften beide Schuldner für einen und denselben Anspruch. Nur geht die Verpflichtung des Hauptschuldners noch weiter als die des Bürgen, welcher lediglich für einen Teil der Gesamtforderung in Anspruch genommen werden kann. Auch ein solcher Bürge haftet hiernach für den ganzen Betrag, für welchen er sich verbürgt hat, ohne Rücksicht auf die Anmeldung im Kv. über das Vermögen des Hauptschuldners. Wenn er in Konkurs geraten ist, kann der Gläubiger in diesem Kv. die ganze Forderung bis zu dem Betrage, für welchen der Bürge haftet, anmelden. Hat der Letztere diesen Betrag nach der K.-E. an den Gläubiger bezahlt, so kann er zwar seine Rückgriffsforderung im Kv. über das Vermögen des Hauptschuldners anmelden. Seine Forderung wird aber bei der Verteilung solange nicht berücksichtigt, als nicht die ganze Forderung des Gläubigers gedeckt ist (Bem. 6 zu § 60 S. 295,296).[4])

3) Damit § 61 Anwendung finden kann, müssen die verschiedenen Verpflichtungen nebeneinander bestehen. Haftet ein Schuldner (wie der gewöhnliche Bürge) nur für den Fall, dass der andere nicht zahlt, so ist diese Anwendung nicht gerechtfertigt. In dem Kv. über das Vermögen des nur eventuell haftenden Schuldners kann in einem solchen Falle nur die Ausfallsforderung geltend gemacht werden. Ebenso verhält es sich, wenn neben einem unbedingt haftenden Schuldner ein anderer nur bedingt haftet (M. S. 288).[5])

[1]) R.-O.-H.-G. 18. Sept. 1872, 17. Jan. 1873 und 8. Febr. 1873 (Entsch. Bd. 7 Nr. 33 S. 120 ff., Bd. 8 Nr. 94 S. 387 ff. und Bd. 9 Nr. 15 S. 41 ff.). Nach diesen Entscheidungen kann sich der Acceptant nicht ohne weiteres darauf berufen, dass der Wechsel vom Aussteller bezahlt worden sei und ebensowenig dieser auf die Zahlung durch den Acceptanten. Es kommt immer darauf an, ob der Zahlende bloss sich befreien, oder die ganze Wechselobligation tilgen wollte. Letzteres ist nicht zu vermuten, wenn der Wechsel besteht und sich im Verkehre befindet.

[2]) R.-G. (I.) 5. Dez. 1883, Entsch. Bd. 11 S. 18. A. M. Thöl, Bd. 2 § 79 Nr. 11.

[3]) Vgl. preuss. Obertr. v. 6. Sept. 1859 und 30. Okt. 1860 Entsch. Bd. 43 Nr. 61 S. 447, Bd. 44 Nr. 41 S. 304, Striethorst, Bd. 39 Nr. 33 S. 128; R.-G. (I.) 29. Okt. 1890, Jur. Woch. S. 411 Nr. 9.

[4]) R.-G. (II.) 10. Nov. 1882 und O-L.-G. Colmar 18. April 1882, Entsch. des R.-G. Bd. 8, S. 290, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 7 S. 483, Bd. 8 S. 5.

[5]) Vgl. v. Wilmowski S. 263, 264. A. M. anscheinend Fitting § 10 Anm. 20.

III. Mehrempfang des Gläubigers. Zurückerstattung.

Eine besondere Vorsorge dafür, dass der Gläubiger mit Hilfe der Ausnahmebestimmung des § nicht mehr erhalte, als ihm an Kapital, Zinsen und anderen Nebenforderungen gebührt, wurde für überflüssig gehalten. In den meisten Fällen ist ohnehin jede Abschlagszahlung aus der vorgeschriebenen Abschreibung auf den Wechseln und Urkunden leicht zu erkennen, oder der K.-V. kann doch das Vorhandensein mehrerer auf das Ganze haftender Schuldner aus den Konkursakten ersehen und sich gegen eine Mehrzahlung schützen. Eine Anzeigepflicht des Gläubigers bezüglich der nach der K.-E. empfangenen Zahlungen ist nicht vorgeschrieben, doch muss der K.-V. sich hiernach erkundigen und haben auch die K.-Gl. ein Interesse daran, sich um diese Zahlungen zu kümmern. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, nachzuweisen, mit welchem Betrage er in dem andern Konkurse ausgefallen ist. Wenn beide Kv. gleichzeitig schweben, würde ein derartiger Nachweis gar nicht möglich sein. Ist aber das eine Kv. abgeschlossen, so ist es Sache des K.-V., durch Erkundigungen bei dem andern K.-V. oder bei dem Konkursgerichte den wahren Sachverhalt zu ermitteln. Anders liegt die Sache, wenn der Gläubiger einer Gesellschaft seine Forderung auch im Kv. über das Vermögen eines Gesellschafters anmelden will. Hier findet nicht § 61 Anwendung. Vielmehr kann der Gläubiger nur seine Ausfallsforderung anmelden. Nach § 201 kommen hier die §§ 57 und 88 zur entsprechenden Anwendung (Bem. zu § 201). Bezüglich der Folgen, welche eintreten, wenn der Gläubiger zuviel erhoben hat, ist das bürgerliche Recht maassgebend. Er wird den empfangenen Überschuss zu gleichen Teilen an die verschiedenen Konkursmassen herausgeben müssen.

IV. Rückgriffsrecht der einzelnen Mitverpflichteten.

Es kann auch der Fall eintreten, dass in der einen Masse ein Überschuss bleibt, weil zur Deckung der Forderung nicht mehr die Inanspruchnahme des ganzen aus dieser Masse entfallenden Teilbetrages erforderlich ist oder weil der Gläubiger seine Forderung zu dieser Masse überhaupt nicht angemeldet hat. In solchen Fällen tritt unter den verschiedenen Massen ein Rückgriff nach Maassgabe des unter den mehreren Schuldnern bestehenden Rechtsverhältnisses ein. Jedoch ist bezüglich der Ansprüche der Mitverpflichteten untereinander, gleichviel ob ein solcher von einem K.-V. oder von einem Mitverpflichteten geltend gemacht wird, lediglich das bürgerliche Recht entscheidend. Eine Vorschrift, durch welche der Rückgriff unter den Konkursmassen ausgeschlossen ist, wurde nicht für gerechtfertigt gehalten (M. S. 289). Soweit der Rückgriff einer Masse gegenüber geltend gemacht wird, handelt es sich auf Seite derselben um die Aufhebung einer ungerechtfertigten Bereicherung. Ohne den Rückgriff würde in dieser Masse derjenige Betrag verbleiben, für welchen nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse der Gemeinschuldner dem andern Gemeinschuldner verhaftet ist und für welchen der Rückgriff geltend gemacht wird. Darin würde aber eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen. Diese Bereicherung entsteht allerdings erst durch die nach der K.-E. eingetretene Thatsache, welche oben vorausgesetzt wurde. Der Grund der Rückgriffsforderung ist jedoch nicht diese Bereicherung, sondern das schon vor der K.-E. bestehende Rechtsverhältnis unter den mehreren Mitverpflichteten. Es ist daher nicht eine Masseforderung (§ 52 Z. 3), sondern eine Konkursforderung gegeben.[1]) Die

[1]) Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 745; Endemann § 74 Anm. 65; Fitting § 10 Anm. 22; Stieglitz S. 405; v. Völderndorff Bd. 1 S. 683, 684; Willenbücher S. 124 Nr. 3. A. M. v. Sarwey S. 530, welcher einen Masseanspruch annimmt und v. Wilmowski S. 265 Nr. 3, welcher sagt, dass je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Masseforderung oder eine Konkursforderung vorliegen könne.

Rückgriffsforderungen entstehen zwar bedingt schon durch Anmeldung der nämlichen Forderung im Kv. Aber § 60 ist hier deshalb nicht anwendbar, weil die Forderungen erst nach der K.-E. entstanden, sonach nicht Konkursforderungen sind.[1])

§ 62.

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiss oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung geltend zu machen.

(E. § 62; M. S. 289—292; K. S. 58; pr. K.-O. §§ 62, 85, 251, 278).

1) Aus der Art und Weise, in welcher die Verteilung des zur Masse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners geregelt ist, ergiebt sich die Notwendigkeit, dass jeder Gläubiger, der am Verteilungsverfahren teilnehmen will, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten muss. Deshalb schreibt § 62 vor, dass der Wert aller diesem Erfordernisse nicht entsprechenden Forderungen durch Abschätzung festzustellen ist, die Forderungen sonach auf bestimmte Geldbeträge zu richten sind. Die Feststellung des Wertes hat in Reichswährung d. h. in Mark und Pfennigen zu erfolgen. In dieser Weise sind auch solche Forderungen umzurechnen, welche ihrem Betrage nach bestimmt, aber nicht in Reichswährung festgesetzt sind.

2) Die im § vorgeschriebene Abschätzung ist vor allem notwendig bei Forderungen, welche überhaupt nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind. Durch die K.-E. wird deshalb jede derartige Forderung in eine Geldforderung verwandelt, gleichviel ob die Hingabe bestimmter einzelner — vertretbarer oder nicht vertretbarer — Sachen oder eine andere Handlung oder eine Unterlassung den Gegenstand der Verbindlichkeit bildet. Die Umwandlung wirkt für und gegen den Gläubiger. Auch Schadenersatzansprüche und Interesseforderungen sowie Forderungen, deren Geldbetrag mit Rücksicht auf die zeitlichen Grenzen noch ungewiss ist, gehören hierher. Dasselbe gilt von Ansprüchen auf fortlaufende Hebungen, sei es, dass der Anfangstermin, von welchem, sei es, dass der Endtermin, bis zu welchem die Leistung geschuldet wird, durch ein der Zeit nach ungewisses Ereignis bestimmt werde. Von den Rechten auf den Bezug fortlaufender Hebungen wird in § 63 gehandelt.

3) Der Schätzungswert, nach welchem die Forderungen festzusetzen sind, ist auf den Tag der K.-E. zu berechnen. Ein allgemeiner Maasstab für die Berechnung ist weder in Ansehung der thatsächlichen Umstände, welche für die Ermittelung des Wertes von Bedeutung sein können, noch hinsichtlich der Art und Weise, in welcher der Wert zu berechnen ist, vorgesehen. Die Zeit der Leistung darf jedenfalls nicht ausser Acht gelassen werden.[2]) § 16 giebt in den beiden Beziehungen ein Beispiel für die Berechnung an die Hand.

§ 63.

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 58) durch Zusammenzählung der einzelnen

[1]) Vgl. dag. Ldg. Hamburg 21. Sept 1882, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) 1883 S. 163.

[2]) R.-O.-H.-G. 29. Okt. 1872, Entsch. Bd. 7 S. 344 ff.

Hebungen kapitalisiert. Der Gesamtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisierten Betrag derselben nicht übersteigen. (E. § 63; M. S. 290—292; K. S. 58; pr. K.-O. §§ 62, 85, 251, 278).

1) § 63 bezieht sich nur auf solche wiederkehrende Hebungen, welche ihrem Betrage und ihrer Zeitdauer nach bestimmt sind. Damit ist zugleich die weitere Voraussetzung gegeben, dass der Anspruch auf die einzelnen wiederkehrenden Hebungen vor der K.-E. ein- für allemal entstanden und nicht vom Eintritte eines bestimmten Ereignisses oder Zeitpunktes abhängig ist. Für derartige Ansprüche schreibt die K.-O. die Zusammenzählung der einzelnen Hebungen unter Abzug der Zwischenzinsen (§ 58) vor. Jedoch darf der Gesamtbetrag, der sich aus dieser Zusammenzählung ergeben würde, nicht den zum gesetzlichen Zinsfuss kapitalisierten Betrag der Hebung übersteigen, also nicht zu einer höheren Summe als derjenigen führen, welche sich ergeben würde, wenn die Hebung auf unbegrenzte Zeit fortdauernd geschuldet wäre. Die Hebungen von unbestimmter Dauer zu einem bestimmten Zinsfusse zu kapitalisieren, wurde für ungerechtfertigt gehalten. Es kommt sonach § 62 zur Anwendung. Der Eintritt eines bestimmten Ereignisses z. B. des Todes, der Eheschliessung kann bei verschiedenen Personen für die Berechnung des Wertes der vor diesem Zeitpunkte fällig werdenden Hebungen verschiedene Bedeutung haben; deshalb soll der Richter sich durch die Umstände des einzelnen Falles leiten lassen. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung und die Tabellen von Versicherungsgesellschaften werden hierbei Anhaltspunkte gewähren. Ist zwar die Zeitdauer der Hebung, nicht aber deren Betrag bestimmt, so ist zunächst der letztere nach § 62 zu berechnen und dann der Wert der Gesamtforderung gemäss § 63 festzustellen.

2) Hinsichtlich der Auszahlung weicht § 63 vollständig von der pr. K.-O. ab. Während nach dieser (§ 251) das in Ansatz gebrachte Kapital verzinslich angelegt wurde und die zu beanspruchenden Hebungen zunächst aus den Zinsen dieses Kapitals und, soweit diese nicht ausreichten, aus dem Kapital selbst zu entnehmen waren, erhält nach § 63 der Gläubiger statt der einzelnen Hebungen das Kapital, das deren Wert entspricht. In der Höhe dieses Kapitals wird die angemeldete Forderung sowohl bei den Abstimmungen als bei der Verteilung berücksichtigt. Die Forderung ist nicht als eine bedingte anzusehen, der Gläubiger sonach nicht auf einen Anspruch auf Sicherstellung beschränkt. Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt die ursprüngliche Forderung in Kraft. Es bleibt ihm überlassen, sich nach Aufhebung des Kv. mit dem Gläubiger zu verständigen, soweit er nicht an die Umwandlung gebunden ist (§§ 129 Abs. 2, 152, 179, 192, M. S. 292).

Zweites Buch.

Konkursverfahren.

(§§ 64—208).

Übersicht.

1) Der Inhalt des zweiten, vom Konkursverfahren handelnden, Buches zerfällt in allgemeine Bestimmungen, in Vorschriften über die einzelnen Teile des Verfahrens und in Bestimmungen über die besonders gearteten und deshalb besondern Regeln unterliegenden Kv. Die einleitenden allgemeinen Bestimmungen (Tit. I.) regeln die Zuständigkeit und Thätigkeit des Gerichts, die Stellung des Gemeinschuldners, des K.-V., der K.-Gl. und ihres Ausschusses, also der in und bei dem Verfahren beteiligten Personen, und geben einige Vorschriften über das Verfahren. An diese allgemeinen Bestimmungen schliessen sich die Regeln über die Eröffnung des Verfahrens (Tit. II.), die Vorschriften über die Er-

mittelung und Feststellung der Teilungsmasse und der Schuldenmasse (Tit. III und IV), endlich diejenigen Bestimmungen, nach welchen das Kv. seine Erledigung findet (Tit. V—VII). Diese handeln von der Verteilung (Tit. V), vom Zwangsvergleich (Tit. VI) und von der Einstellung des Verfahrens (Tit. VII). Den Schluss bilden die besondern Vorschriften über eigentümlich geartete Konkurse (Tit. VIII). Das in den Tit. II—VII im einzelnen geregelte Verfahren zerfällt in verschiedene Bestandteile (Eröffnungsverfahren, Verfahren bei Feststellung der Teilungsmasse u. s. w.), welche in ihrer Gesamtheit das einheitliche Kv. bilden. Eine selbständige Bedeutung kommt diesen einzelnen Bestandteilen des Verfahrens, wie sich schon aus dem häufig vorkommenden Ausdruck „das Konkursverfahren" ergiebt, nicht zu. In den Mot. (S. 293) sind denn auch den „allgemeinen Bestimmungen" die „Vorschriften über die einzelnen Teile des Verfahrens' gegenüber gestellt worden.[1]) Bezüglich der Kosten des Kv. ist — abgesehen von § 51 Z. 1, § 56 Z. 2 und § 130 Abs. 3 K.-O. — das G.-K.-G. (§§ 50—58 und 79 ff.) maassgebend.

2) Eine weitere allgemeine Bestimmung enthält das G.-V.-G.; hiernach (§ 204) ist das Kv. als solches Feriensache. Dagegen sind die durch das Kv. veranlassten auf die Masse bezüglichen Prozesse, insbesondere die Feststellungsprozesse, weil sie nicht einen Teil des Kv. bilden, an sich nicht Feriensachen, sondern haben diese Eigenschaft nur dann, wenn § 202 G.-V.-G. zutrifft.[2])

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 64—93).

Vorbemerkungen.

Die in Tit. I. gegebenen allgemeinen Bestimmungen betreffen die Subjekte des Kv. sowie deren Organe und stellen die auf alle Teile des Verfahrens anzuwendenden Regeln für die Thätigkeit dieser Personen auf. In § 64 wird die Zuständigkeit der Gerichte, in den §§ 65—69 das von dem Konkursgerichte einzuhaltende Verfahren im allgemeinen geregelt. Die §§ 70—78 handeln von der Bestellung des K.-V., dem Umfang seiner Verpflichtungen sowie seinem Verhältnisse zum Konkursgerichte. In den § 79—84 sind die Vorschriften über den Gläubigerausschuss, in den §§ 85—91 diejenigen über die Gläubigerversammlung enthalten. Die §§ 92 und 93 endlich sind der rechtlichen Stellung des Gemeinschuldners gewidmet.

§ 64.

Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schliesst dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.

(E. § 64; M. S. 293 -297; K. S 59; pr. K.-O. §§ 115, 127 u. 320).

[1]) Pütter in Gruchot Bd. 27 S. 326, 327.

[2]) A. M. nur Wengler S. 418 Nr. 9.

1) Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit hat sich die K.-O. dafür entschieden, dass das Kv. in allen Fällen, mag es sich um Kaufleute oder Nichtkaufleute handeln, vor die Amtsgerichte gehört. Soweit dem Deutschen Reiche die Konsulargerichtsbarkeit zusteht, ist der Konsul als Einzelrichter sachlich zuständig zur Erledigung des Kv. über das Vermögen von Deutschen und deutschen Schutzgenossen, welche bei seinem Gerichte ihren allgemeinen Gerichtsstand haben (Reichsges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879 §§ 1, 12, 14).[1]) In den deutschen Schutzgebieten tritt an die Stelle des Konsuls der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte (Reichsgesetz betr. Rechtsverh. der deutschen Schutzgebiete vom 17. April 1886 und 15. März 1888 § 2).[2])

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Gemeinschuldners (§§ 13—19 C.-P.-O.), für Gesellschaften, Genossenschaften u. s. w. § 19 C.-P.-O. maassgebend. Soweit es sich um physische Personen handelt, ist der allgemeine Gerichtsstand in der Regel bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Schuldners (§§ 13—17 C.-P.-O.) begründet und zwar auch dann, wenn der Schuldner im Auslande wohnt. Nur wenn dieser gar keinen Wohnsitz hat, wird der allgemeine Gerichtsstand durch seinen Aufenthaltsort im Deutschen Reiche oder in Ermangelung eines solchen durch den letzten Wohnsitz bestimmt (§ 18 C.-P.-O.). Falls ein deutscher Staatsangehöriger im Deutschen Reiche weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort hat, auch einen Wohnsitz früher nicht besass, kann ein Kv. über dessen Vermögen in Deutschland nur unter den Voraussetzungen des § 208 eröffnet werden. § 24 C.-P.-O. kann dann nicht (entsprechende) Anwendung finden, weil er nicht einen allgemeinen, sondern nur einen besondern Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen vorsieht[3]). Dasselbe gilt von den §§ 21 und 22 C.-P.-O. Auch § 36 C.-P.-O. trifft hier nicht zu, weil ein Gerichtsstand im Deutschen Reiche überhaupt nicht begründet ist. Hinsichtlich der Zuständigkeit für das Kv. über einen Nachlass, über das Vermögen von Gesellschaften u. s. w. vgl. §§ 193 ff. u. 202.

2) Wenn in der K.-O. vom „Gericht" die Rede ist, wird darunter immer das nach § 64 zuständige Amtsgericht verstanden. Dadurch, dass dessen Zuständigkeit als eine ausschliessliche bezeichnet wurde, ist nach § 40 C.-P.-O. jede Vereinbarung über ein anderes Gericht ausgeschlossen (M. S. 296, K. S. 59). Sind verschiedene Gerichte zuständig, was vorkommen kann, wenn der Schuldner mehrere Wohnsitze hat, oder wenn eine Gesellschaft oder Genossenschaft nach § 19 Abs. 3 C.-P.-O. neben dem durch diesen § bestimmten noch einen allgemeinen Gerichtsstand festgesetzt hat, so entscheidet die Zeit des Anfalles. Zur Begründung des Vorranges genügt es, dass der Eröffnungsantrag (§ 95) bei einem Gerichte gestellt wurde, wenn auch darauf hin nicht sofort Beschluss ergangen, vielmehr die in § 97 vorgesehene Verfügung oder der Eröffnungsbeschluss von einem andern Gerichte früher erlassen worden ist als von dem zuerst angegangenen Gericht. Dagegen kann die Abweisung des Antrages auf K.-E. der Eröffnung des Verfahrens bei einem andern nach Abs. 1 zuständigen Gerichte nicht im Wege stehen. Nach § 64 Abs. 2 ist zwar die Zeit des Eröffnungsantrages bezüglich der Zuständigkeit mehrerer angegangener Gerichte entscheidend. Allein nach dieser Vorschrift schliesst nur der Eröffnungsbeschluss des zuerst angegangenen Gerichtes die K.-E. durch ein anderes, an sich zuständiges, Gericht aus. Sie kann nicht die Bedeutung haben, dass durch den blossen Eröffnungsantrag bei einem Gerichte die Zuständigkeit der übrigen in Frage kommenden Gerichte ein für allemal beseitigt wird. Ist der Eröffnungsantrag rechtskräftig zurückgewiesen, so hat er seine den

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 24. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 200.

[2]) Die Gebiete, in welchen auf Grund von § 2 obigen Gesetzes das Reichsges. betr. die Konsulargerichtsbarkeit eingeführt worden ist, sind aufgezählt in Buschs Z. Bd. 11 S. 157, Bd. 12 S. 197, 198. Weitere Verordnungen über die Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten a. a. O. Bd. 14 S. 214, Bd. 15 S. 544.

[3]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 15.

Vorrang begründende Wirkung verloren. Deshalb kann ein anderes Gericht das Kv. eröffnen, ohne dass § 64 Abs. 2 entgegengehalten werden darf. Jedenfalls kann ein nach der rechtskräftigen Zurückweisung gestellter Antrag bei jedem der zuständigen Gerichte angebracht werden. Das Wahlrecht, für das § 64 Abs. 1 Raum lässt, tritt dann wieder in Kraft.[1] Durch den ersten Antrag auf K.-E. wird nicht eine Unzuständigkeit der andern Gerichte begründet. Vielmehr lässt sich die ausschliessende Wirkung dieses Antrages mit der durch die Wahl des Klägers begründeten Rechtshängigkeit (§ 235 Z. 1 C.-P.-O.) vergleichen. Nur wird die ausschliessende Wirkung hier dem Offizialcharakter des Kv. entsprechend (Bem. 2 zu § 67), von Amts wegen berücksichtigt. Auch der später gestellte Antrag ist bei dem zuständigen Gerichte angebracht. Er darf sonach nicht als unwirksam behandelt werden, sondern kann die Grundlage für einen Eröffnungsbeschluss bilden. Hat der an zweiter Stelle angegangene Richter den bei ihm gestellten Antrag gemäss § 64 Abs. 2 zurückgewiesen, so ist dieser Antrag endgültig erledigt. Wenn der erste Antrag wegen Mangels der Voraussetzungen des Kv. zurückgewiesen wurde, ist aber die K.-E. bei einem andern Gericht nicht ausgeschlossen, weil an sich jeder Antrag selbständig zu prüfen und das nach § 64 begründete Hindernis weggefallen ist. Da Abs. 1 des § nur die Zuständigkeit der inländischen Gerichte regelt, kann sich auch Abs. 2 nur auf die Fälle beziehen, in welchen die Zuständigkeit mehrerer inländischer Gerichte zusammentrifft. Der Umstand, dass der Eröffnungsantrag bei einem ausländischen Gerichte früher als bei einem deutschen gestellt worden ist, steht daher der K.-E. durch das letztere Gericht nicht im Wege. Dies ergiebt sich übrigens auch aus den §§ 207 und 208, nach welchen ungeachtet der K.-E. im Auslande die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen oder eine K.-E. in Ansehung desselben zulässig ist. Der im Auslande erfolgten K.-E. wird von der K.-O. nicht dieselbe Wirkung beigelegt wie derjenigen, welche ein inländisches Gericht beschlossen hat (Bem. zu den §§ 207 und 208).

3) Nach Abs. 2 hat jedes Gericht, bei welchem ein Antrag auf K.-E. vorliegt, wenn es davon Kenntnis erlangt, dass bei einem andern Gerichte ein solcher Antrag früher gestellt worden ist, die Verpflichtung, seine Entscheidung über den gestellten Antrag aufzuschieben, bis über den zuerst gestellten Antrag entschieden worden ist. War bereits das Verfahren eröffnet, so ist dieses einzustellen, sofern sich ergiebt, dass das nach Abs. 2 ausschliesslich zuständige Gericht das Verfahren eröffnet hat. Auch empfiehlt es sich, dass das Konkursgericht, bei dem die K.-E. beantragt wird und welchem andere gleichfalls zuständige Gerichte bekannt sind, diesen von dem Antrage und dem Eröffnungsbeschlusse Mitteilung macht.

4) Der Umstand, dass ein anderer als der nach der alljährlichen Geschäftsverteilung bestimmte Amtsrichter das Kv. eröffnet hat und weiterführt, kann die Behauptung der Unzuständigkeit dieses Richters nicht begründen, da die Geschäftsverteilung nicht die ausschliessliche Zuständigkeit eines bestimmten Richters zur Folge hat. Nur bezüglich des Amtsgerichtes selbst kann die Frage aufgeworfen werden, ob es zuständig sei.[2] Es kann auch notwendig sein, dass ein anderer als der nach der Geschäftsverteilung hierzu berufene Richter mit dem Kv. befasst wird, weil dieser letztere gesetzlich ausgeschlossen oder abgelehnt oder thatsächlich verhindert sein kann. Ob die Beteiligten, wenn solche Gründe nicht vorliegen, darauf dringen können, dass die Geschäftsverteilung eingehalten werde, und welche Mittel ihnen in dieser Beziehung zu Gebote stehen, ist hier nicht zu erörtern.[3] Wenn die Voraussetzungen des § 36 C.-P.-O. vorliegen, was bezüglich der Z. 1, 2, 5 und 6 vorkommen kann, so ist das zuständige Amtsgericht gemäss §§ 36 und 37 C.-P.-O. durch das im Rechtsmittelzuge zunächst höhere Gericht zu bestimmen.

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 17; v. Wilmowski S. 272.

[2]) Stieglitz S. 413 Anm. i.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 17, 18.

[3]) Vgl. hierzu Kleinfeller, die Funktionen des Vorsitzenden S. 23 Anm. 3.

§ 65.

Die Vorschriften der Civilprozessordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben, auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.

(E. § 65; M. S. 297, 298; K. S. 59).

1) Das Kv. ist zwar nicht ein besonders gearteter Civilprozess in dem Sinne eines Verfahrens, in welchem Privatrechtsstreitigkeiten unter bestimmten Parteien durch Richterspruch erledigt werden. Ein Rechtsstreit, welcher durch Richterspruch zu entscheiden wäre, ist darin überhaupt nicht gegeben. Ja es giebt hier nicht einmal Parteien im Sinne der C.-P.-O. Das Kv. wurde in den Mot. (S. 9, 12, 297, 298) in zutreffender Weise als eine Vermögensliquidation bezeichnet und mit dem Liquidationsverfahren verglichen, welches in Ansehung einer kaufmännischen Firma stattfindet. Es soll lediglich die Flüssigmachung und Verteilung des Vermögens einer zahlungsunfähigen Person unter ihre Gläubiger, deren Forderungen im Verfahren selbst nicht bestritten oder ausserhalb desselben durch Urteil festgestellt worden sind, in geordneter Weise unter Leitung und Mitwirkung des Gerichtes herbeiführen (Bem. I. 2 zu § 5). Die Aufgabe des Konkursgerichtes ist hierbei eine ähnliche wie bei der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die bei dem Verfahren zwischen den Gläubigern untereinander oder zwischen den Gläubigern und dem K.-V. u. s. w. entstehenden Streitigkeiten, insbesondere diejenigen über das Bestehen einer Konkursforderung, eines Aussonderungs- oder Absonderungsrechtes u. s. w. hat nicht das Konkursgericht, sondern das Prozessgericht zu entscheiden (§§ 134 ff; Bem. IV. zu § 22; Vorbem. 2 zu §§ 35 ff. Vorbem. 4 zu §§ 39 ff.). Aber es handelt sich immerhin um ein gerichtliches Verfahren und es kommen darin Handlungen derselben Art wie im Civilprozesse vor. Insbesondere finden Verhandlungen statt, deren Leitung dem Konkursgerichte obliegt; es sind Termine anzuberaumen, Protokolle zu errichten, Zustellungen zu veranlassen, Ermittelungen vorzunehmen und Entscheidungen zu treffen, welche durch Rechtsmittel angefochten werden können. Es ist daher die Anwendung prozessrechtlicher Vorschriften geboten. Durch § 65 wurde deshalb vorgeschrieben, dass die Bestimmungen der C.-P.-O. vorbehaltlich der Abweichungen, welche sich aus den Bestimmungen der K.-O. selbst ergeben, auf das Kv. „entsprechende" Anwendung finden. Diese Vorschriften sind mit dem gemachten Vorbehalt als ein Bestandteil der K.-O. anzusehen.

Im einzelnen erscheinen als anwendbar die Vorschriften über den allgemeinen Gerichtsstand, über die Bestimmung des zuständigen Gerichtes, die Ablehnung und Ausschliessung des Richters, über Prozessfähigkeit und Vertretung, über die Folgen einer Versäumung und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ferner vereinzelte Vorschriften über mündliche Verhandlung, deren Leitung, die Aufnahme des Protokolls, den Sühneversuch, über Glaubhaftmachung, über Zustellung, Termine und Fristen, über Beweisaufnahme und die Arten der Beweise, Einnahme des Augenscheins, Beweis durch Zeugen und Urkunden, endlich die Vorschriften über das Rechtsmittel der Beschwerde, über Offenbarungseid und Haft, sowie über einstweilige Verfügungen. Überall soll die Anwendung nur eine „entsprechende", nicht eine unmittelbare sein, d. h.: es wird vorausgesetzt, dass die Anwendung der Natur des Kv. und des in Rede stehenden Verhältnisses entspricht. Die Mehrzahl der Vorschriften der C.-P.-O entzieht sich von selbst der Anwendung. Wo eine solche zwar möglich aber nicht zweckmässig ist, wurde für abweichende Bestimmungen Sorge getragen, so bezüglich der Zustellungen (§ 68, 69), der Wertsberechnung (§§ 136, 62, 63 u. s. w.), der Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Verwertung von Massebestandteilen (§ 107 ff.).

2) Hiernach kommt die C.-P.-O. nur insoweit zur Anwendung, als ein gerichtliches Verfahren in Frage steht, das einer Regelung durch prozessuale Bestimmungen

bedarf, nicht aber, soweit es sich lediglich um die Vermögensverwaltung handelt. Aber auch in dieser Beschränkung ist sie nicht anwendbar, soweit ihre Bestimmungen lediglich auf dem Gegensatze zwischen mehreren Parteien beruhen, also nur für einen wirklichen Rechtsstreit, nicht für ein gerichtliches Verteilungsverfahren passen.[1]) Deshalb trifft § 97 C.-P.-O. auf die im Kv. thätigen Personen nicht zu. Diese Vorschrift setzt voraus, dass überhaupt eine Entscheidung über die Prozesskosten erfolgt, sonach ein Teil derselben einer Partei auferlegt werden kann. Für eine allgemeine Entscheidung über die Kostenpflicht ist aber im Kv. kein Raum, da die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren (§§ 50 ff., 79 ff. des G.-K.-G.) nach § 51 Z. 1 K.-O. als Massekosten zu behandeln sind.[2]) Auch § 48 G.-K.-G. kann im Kv. aus dem angegebenen Grunde keine Anwendung finden. Ausserdem kommt hier in Betracht, dass eine entsprechende Anwendung dieses Gesetzes überhaupt nicht vorgeschrieben ist, dessen Vorschriften im Kv. daher nur insoweit anwendbar sind, als es das G.-K.-G. selbst vorschreibt. Die K.-O. kennt weder eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, noch ein Urteil im Sinne der C.-P.-O. (Bem. 1 zu § 66). Daher passen auf das Kv. weder die Bestimmungen über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, die Vorträge der Parteien u. s. w., noch diejenigen über Urteile und die gegen diese zugelassenen Rechtsmittel der Berufung und Revision sowie die ausserordentlichen Rechtshilfen der Nichtigkeits- und Restitutionsklage.[3]) Dagegen müssen, da auch im Kv. mündliche Verhandlungen in der weiteren Bedeutung des Wortes vorkommen, diejenigen Vorschriften der C.-P.-O., welche sich auf die Leitung solcher Verhandlungen beziehen (§§ 127, 130, 132, 133—135, 140, 142—144), oder die zu errichtenden Protokolle (§§ 145—151), oder die Verlegung der Termine durch das Gericht betreffen (§ 206), entsprechende Anwendung finden. Auch die §§ 530—540 C.-P.-O. müssen zur Anwendung kommen, da gegen die im Kv. erfolgenden gerichtlichen Verfügungen in der Regel das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde stattfindet (Bem. 3 zu § 66). Ein Versäumnisurteil kommt im Kv. so wenig als ein anderes Urteil vor (Bem. 1 zu § 66). Die Bestimmungen der C.-P.-O. über das Versäumnisurteil und den Einspruch (§§ 295—312) haben deshalb für das Kv. keine Bedeutung. Dagegen müssen die §§ 208 ff. C.-P.-O., welche die Wirkungen der Versäumung einer Prozesshandlung regeln, und ebenso die §§ 211 ff. betr. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Notfrist entsprechende Anwendung finden (Bem. 1). Da im Kv. Anwaltszwang (§ 74 C.-P.-O.) nicht besteht, kann hier jede prozessfähige Person als Vertreter eines Gläubigers oder des Gemeinschuldners auftreten. Zur Prüfung der Vollmacht des Vertreters ist das Gericht auch von Amts wegen verpflichtet (§ 84 Abs. 2 C.-P.-O.). Enthält die Vollmacht, welche nach § 79 Abs. 2 C.-P.-O. auch auf einzelne Handlungen beschränkt werden kann, keine Beschränkungen oder nur solche, welche unter § 79 Abs. 1 fallen, so ist der Bevollmächtigte auch zur Entgegennahme der Zustellungen ermächtigt. Zustellungen, welche an den Vertretenen persönlich erfolgen sollen, müssen sonach an den Bevollmächtigten bewirkt werden (§ 162 C.-P.-O.)[4]) Da vor dem Konkursgericht eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.-P.-O. nicht vorkommt, ist § 143 Abs. 2 C.-P.-O. im Kv. nicht anwendbar und dürfen Personen, welche geschäftsmässig Gläubiger im Kv. vertreten, nicht zurückgewiesen werden; die Zurückweisung ist selbst dann unzulässig, wenn feststeht, dass diese Personen auch „das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmässig betreiben", denn dieser letztere Geschäftsbetrieb ist nur im Civilprozesse beachtlicher Thatbestand.[5]) Schriftliche Eingaben solcher

[1]) Endemann S. 63; Schultze, Konkursrecht S. 18, 19.

[2]) Ldg. Zwickau 13. April 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 191.

[3]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 31 Nr. 8 bezüglich der Nichtigkeitsklage.

[4]) v. Sarwey S. 358 a. E.

[5]) O.-L.-G. Köln 29. Nov. 1889, 14. Febr. 1890, Rhein. Arch. Bd. 81 II. S. 30 ff., Rheinpr. Amtsrichterz. Bd. 8 S. 36.

Personen können auf Grund des § 143 C.-P.-O. nicht zurückgewiesen werden; gegen die Zurückweisung ist Beschwerde gem. § 530 C.-P.-O. zulässig, da § 143 Abs. 3 sich nur auf die Fälle der Zurückweisung aus der mündlichen Verhandlung bezieht.[1]) Die im Kv. ergehenden Entscheidungen sind nie als Urteile anzusehen. Es gelten daher in Ansehung der Form und Begründung die Vorschriften der C.-P.-O. über die Beschlüsse (§ 146 Z. 5, § 294 Z. 1 und 2 mit § 288 C.-P.-O.). Dem entspricht es auch, dass gegen alle Entscheidungen nach § 66 nur die sofortige Beschwerde stattfindet. Weil diese Entscheidungen nicht Urteile sind, überhaupt darin nicht über einen durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch entschieden wird, können sie auch nicht materielle Rechtskraft im Sinne des § 293 C.-P.-O. erlangen.[2]) Dagegen werden alle Entscheidungen, sofern die Notfrist für die sofortige Beschwerde versäumt oder der Beschwerdeweg ohne Erfolg betreten worden ist, formell rechtskräftig und damit für das Gericht selbst und für alle Beteiligten bindend.[3])

3) Die Vorschrift des § greift bloss für das „Konkursverfahren" im engern Sinne (Buch II) Platz, nicht auch, soweit das „Konkursrecht" (Buch I) in Frage steht, obgleich dessen Bestimmungen sich ebenfalls auf das Kv. im weitern Sinne erstrecken. Deshalb findet z. B. § 200 C.-P.-O. keine Anwendung auf die (nichtprozessualischen) Fristen des Anfechtungsrechtes, insbesondere die in § 26 K.-O. festgesetzte Frist (Vorbem. 3 zu §§ 22 ff., Bem. 3 zu § 26).[4]) Ferner bezieht sich § 65 nicht auf die gelegentlich des Kv. entstehenden und vor gewöhnlichen Gerichten auszutragenden Prozesse (z. B. § 134). Auf die Verhandlung und Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten findet die C.-P.-O. nicht bloss „entsprechende" Anwendung. Sie unterliegen deren Vorschriften ebenso wie andere Prozesse.

4) Auch das Gerichtsverfassungsgesetz erstreckt seine Geltung auf das Kv., soweit sich nicht aus der K.-O. Abweichungen ergeben. Ob das Kv. seiner Natur nach zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gerechnet werden muss, auf deren Ausübung nach § 2 E.-G. z. G.-K.-G. dieses letztere Gesetz Anwendung zu finden hat, oder ob es an sich zu den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu rechnen wäre, ist nicht unzweifelhaft.[5]) Es kommt jedoch darauf nicht an, denn im Sinne der Reichsjustizgesetze, welche sich nur mit der streitigen Rechtspflege befassen, dagegen die Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Landesgesetzgebung überlassen haben, fallen alle Materien, welche durch das G.-V.-G., die C.-P.-O., die St.-P.-O. und die K.-O. geregelt worden sind, unter den Begriff der „streitigen Gerichtsbarkeit". Die drei ersten Gesetzbücher gehören zu den „Prozessordnungen", auf welche im G.-V.-G. (§§ 24 u. 161) Bezug genommen ist (Mot. z. G.-V.-G. S. 215; K.-Prot. S. 71, Bem. I. 2 zu § 5). Aus § 204 G.-V.-G. lässt sich auch unmittelbar dessen Anwendbarkeit auf das Kv. ableiten. Von den Vorschriften des G.-V.-G. finden insbesondere diejenigen auf das Kv. Anwendung, welche sich auf die Rechtshilfe (§§ 157—169), die Sitzungspolizei (§§ 177—185), die Gerichtssprache (§§ 186—193) und die Gerichtsferien beziehen (Vorbem. 2 zu §§ 64 ff.). Die Bestimmungen über die Öffentlichkeit des Verfahrens sind im Kv. deshalb unanwendbar, weil diese Öffentlichkeit nur für die Verhandlungen vor dem erkennenden, d. h. zur Urteilsfällung berufenen Gerichte vorgeschrieben

[1]) O.-L.-G. Köln 14. Febr. 1890; Rheinpr. Amtsrichterz. Bd. 8 S. 36.

[2]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 49 ff., 52, 63, 64, 84, 284 ff., 391, 480.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 23; v. Wilmowski S. 275; Oetker a. a. O. S. 52.

[4]) R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 328 ff.; O.-L.-G. Köln 12. Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 I. S. 18.

[5]) Vgl. Wetzell § 43; Renaud §§ 2 und 22; Hauser in der Z. für Reichs- und Landesr. Bd. 4 S. 48 ff., bes. S. 53; Uebel in Buschs Z. Bd. 1 S. 373, 374; Schultze, Konkursr. S. 136 ff., bes. S. 144; Drechsler im Arch. f. c. Pr. Bd. 62 S. 405 ff.; bes. S. 407, 416, 418 und 419; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 20 ff.; Petersen in Puchelts Z. Bd. 12 S. 386 ff. und in Buschs Z. Bd. 9 S. 6 u. 7; Dernburg Bd. 2 S. 283 Nr. III. u. Anm. 12; Eccius Bd. 1 § 115 Anm. 6 a. E.; Wach, Handb. Bd. 1 § 6 Anm. 11.

und das Konkursgericht erkennendes Gericht in dem erwähnten Sinne nicht ist (Bem. 1 u. 2 zu § 65, Bem. 1 zu § 66). Daraus, dass die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht vorgeschrieben wurde, folgt übrigens keineswegs, dass zu den Verhandlungen unbeteiligte Personen nicht zugelassen werden dürfen; denn auch die Heimlichkeit des Verfahrens ist nicht geboten. Der Konkursrichter braucht zwar solche Personen nicht zuzulassen. Aber er begeht keine Gesetzesverletzung, wenn er sie zulässt, und braucht dem Antrag auf Ausschliessung unbeteiligter Personen nicht zu willfahren.[1]) Gegen den einen solchen Antrag zurückweisenden Beschluss ist zwar Beschwerde zulässig (§ 66), aber diese kann in der Regel nicht rechtzeitig erledigt werden.

§ 66.

Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Die Zustellung geschieht von Amts wegen.

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt.

(E. § 66; M. S. 298, 299; K. S. 59, 60, 68, 69).

I. Grundlagen der Entscheidungen. (Abs. 1).

Die im Kv. ergehenden Entscheidungen betreffen regelmässig nur darin hervorgetretene Zwischenpunkte. Entweder handelt es sich dabei um Streitigkeiten, welche sich im Laufe des Verfahrens, z. B. über die Stimmberechtigung einzelner Gläubiger ergeben, oder um Einwendungen gegen die Verteilung und dergl., oder es sind über andere Punkte Verfügungen zu treffen. Hierher gehört z. B. die Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den K.-V., die Anordnung von Sicherheitsmaassregeln, die Verhaftung des Gemeinschuldners, der Erlass eines Veräusserungsverbotes u. s. w. Selbst wenn die Wirkungen einer Entscheidung sich auf das ganze Kv. erstrecken, was z. B. bei Beschlüssen über Eröffnung, Einstellung und Aufhebung des Verfahrens und bei der Genehmigung eines Zwangsvergleichs der Fall ist, so werden damit nicht die in Frage stehenden Ansprüche erledigt. Die getroffenen Entscheidungen haben immer nur die Bedeutung von prozessleitenden Verfügungen und sind niemals Urteile (Bem. 1 u. 2. zu § 65). Für eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.-P.-O. (§ 119) d. h. für eine solche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte ist deshalb im Kv. kein Raum. Vielmehr kann nur von einer Verhandlung im weiteren Sinne des Wortes gesprochen werden, welche vielfach vorkommt (§§ 78, 87, 88, 150, 170, 189; M. S. 298). Sofern eine derartige mündliche Verhandlung stattfindet, dürfen sich allerdings nur die erschienenen Gläubiger bezw. deren Vertreter an der Abstimmung beteiligen. Das Gericht darf aber, weil im Kv. weder der Grundsatz der Mündlichkeit noch der Grundsatz der unmittelbaren Verhandlung[2]) gilt, bei seiner Entscheidung auch schriftliche Mitteilungen und Äusserungen Abwesender berücksichtigen. Es ist sonach nicht auf den Entscheidungsstoff beschränkt, der in der Versammlung selbst unmittelbar wahrgenommen und mündlich vorgetragen wurde. Da sich das Konkursgericht auch von Amts wegen Auf-

[1]) Kleinfeller, Reichsges. betr. die unter Ausschluss d. Öffentlichkeit stattfind. Gerichtsverhandl. S. 17 (Gesetzgeb. des Deutsch. Reichs mit Erläut. Teil III. Bd. V S. 127); König S. 44; v. Wilmowski S. 273. A. M. Fitting § 31 Anm. 25; Meisner S. 264; v. Sarwey S. 566; v. Völderndorff Bd. 2 S. 120; Willenbücher S. 143 Nr. 1 zu § 86.

[2]) v. Wilmowski S. 275 Nr. 2. A. M. Stieglitz S. 418 und Wengler S. 422.

klärung zu verschaffen hat (§ 67), darf es auch auf Grund dieser Befugnis den Inhalt von Schriftstücken zum Gegenstande der Verhandlungen machen. Es kann übrigens auch jederzeit eine mündliche Verhandlung stattfinden lassen. Für gewisse Fälle hat das Gesetz vorgeschrieben, dass einzelne Beteiligte vor der Entscheidung zu hören sind (§§ 76, 87, 97, 105, 170, 189, 194, 199, 205), was hier sowenig wie nach der C.-P.-O. die Bedeutung hat, dass eine mündliche Verhandlung stattfinden muss. Den Beteiligten kann auch Gelegenheit gegeben werden, sich ausserhalb einer solchen Verhandlung schriftlich oder mündlich zu erklären.

II. Zustellungen. (Abs. 2).

1) Durch den von der Reichstagskommission beigefügten Abs. 2 ist die Zustellung der gerichtlichen Entscheidungen anders als nach der C.-P.-O. geregelt. Ohne diese Bestimmung würde § 294 Abs. 2 und 3 C.-P.-O. auch im Kv. gelten und nur der auf § 288 verweisende Abs. 2 dieses § nicht zur Anwendung kommen, weil „Parteien" im Sinne der C.-P.-O. hier nicht vorkommen. Abs. 2 des § 66 bestimmt aber ausdrücklich, dass alle Zustellungen im Kv. von Amts wegen zu erfolgen haben, und beseitigt zugleich die Vorschrift des § 294 C.-P.-O., wonach verkündete Beschlüsse überhaupt nicht zuzustellen sind. In der Reichstagskommission beantragte von Vahl, den Abs. 1 des § dahin zu fassen: „Die Entscheidungen im Kv. können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen; sie sind den Beteiligten zuzustellen", und veränderte die Fassung bloss deshalb, weil er die Frage, wem zuzustellen sei, nicht berühren wollte. Zugunsten dieses Antrages bemerkte Hagens: „Es liege im Interesse des gesamten Kv., dass auch die verkündeten Entscheidungen und Verfügungen von Amts wegen zugestellt würden". Sodann erklärte der Antragsteller selbst: „Er wolle überall von Amts wegen die Zustellung erfolgen lassen. Wer die Beteiligten seien, würde in einzelnen Fällen festgestellt werden müssen" (K. S. 59, 60). Hiernach sind auch in denjenigen Fällen die Entscheidungen des Konkursgerichtes zuzustellen, in welchen ihnen eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist, und wird im Kv. im allgemeinen die Verkündung durch die Zustellung ersetzt. Nach der entgegengesetzten Auffassung würde der Kommissionsbeschluss gar keine praktische Bedeutung haben, sondern sich das nämliche Ergebnis herausstellen, wie nach dem System des Entwurfes[1]). Durch die Verkündung wird hiernach die Zustellung nicht überflüssig. Andererseits ist eine Verkündung der Entscheidung selbst in denjenigen Fällen, in welchen eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, nicht erforderlich, sofern das Gesetz sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat (§§ 169—171). Die Zustellung erfolgt an die Beteiligten. Wer als solcher anzusehen ist, hängt von den Umständen ab.

2) Nach Abs. 2 hat nicht neben der öffentlichen Bekanntmachung, welche nach § 68 als Zustellung an alle Beteiligten gilt, noch eine besondere Zustellung erfolgen; vielmehr ist eine solche nur dann erforderlich, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt (§§ 103, 166). Ebenso genügt im Falle der §§ 171 und 174 die Verkündung des Beschlusses (Bem. zu diesem §). Bei der Genehmigung des Antrages auf Berichtigung des Verzeichnisses der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen (§ 146) wird die Zustellung durch Hinterlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei ersetzt. Zu der Annahme, dass auch in diesen Fällen eine besondere Zustellung notwendig sei, nötigt weder der Wortlaut des Abs. 2 noch die Entstehungsgeschichte desselben[2]). Wenn es sich um eine Mittei-

[1]) Endemann S. 65; Fitting § 26 Nr. 6; Hullmann S. 222; Stieglitz S. 419; v. Völderndorff Bd. 2 S. 26; Wengler S. 424; Willenbücher S. 130 Nr. 3; v. Wilmowski S. 276. A. M. König S. 44; Meves S. 92 Nr. 3 und v. Sarwey S. 541 Nr. 3.

[2]) v. Sarwey S. 541 Nr. 3, Stieglitz S. 419; v. Wilmowski S. 276. A. M. Hullmann S. 222 und Wengler S. 423, welche eine besondere Zustellung auch dann für nötig halten, wenn die Entscheidung zugleich öffentlich bekannt zu machen ist, aber sofern es sich hierbei um eine Zustellung an die Gläubigerversammlung, z. B. um die Fälle der §§ 72, 76, 91 handelt, die Zustellung in der Form der öffentlichen Bekanntmachung erfolgen lassen wollen.

lung handelt, welche für die Gl.-V. als solche bestimmt ist (vgl. z. B. §§ 72, 76, 91), muss zwar immer eine Zustellung an den K.-V. erfolgen, weil dieser als Beteiligter anzusehen ist. Diese Zustellung genügt aber nicht, weil der K.-V. nicht Zustellungsbevollmächtigter der Gl.-V. ist (§ 86). Das Gericht hat vielmehr, da die C.-P.-O. und die K.-O. eine besondere Form für die Zustellung an Versammlungen nicht vorsehen, sondern bloss eine Zustellung an einzelne Personen kennen, die Zustellung an sämtliche Gläubiger — nicht bloss die in der Versammlung Anwesenden oder Vertretenen — zu bewirken. Diese Zustellung kann aber in entsprechender Anwendung des § 85 durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen [1]), mit welcher noch eine besondere Zustellung an den Gemeinschuldner und an den Beschwerdeführer verbunden werden mag.

III. Beschwerde (Abs. 3).

1) Da es im Kv. kein Urteil, sondern nur einfache Beschlüsse giebt, auf welche § 284 C.-P.-O. nicht Anwendung findet, kann als Rechtsmittel nur die Beschwerde in Betracht kommen. Regelmässig findet nicht die einfache, sondern die „sofortige Beschwerde" (§ 540 C.-P.-O.) statt, weil die Entscheidungen auf die Rechte Dritter einwirken, daher formeller Rechtskraft und einer Notfrist bedürftig sind (M. S. 298). Bezüglich dieses Rechtsmittels kommt im allgemeinen die C.-P.-O. (§§ 530—540) zur Anwendung; insbesondere gilt dies für § 540, wonach die Frist für Einlegung der „sofortigen Beschwerde" am Tage der Zustellung der Entscheidung zu laufen beginnt. Nur in den Fällen der §§ 146, 147 beginnt die Notfrist mit der Niederlegung bezw. Verkündung des Beschlusses ihren Lauf.

2) In einzelnen Ausnahmefällen entzieht die K.-O. die Entscheidung jeder Anfechtung. Dies gilt für die Entscheidungen über Stimmberechtigung (§§ 87, 88), über Aufhebung des Kv. auf Grund der Schlussverteilung (§ 151) oder eines Zw.-V. (§ 175), endlich für die vom Beschwerdegerichte über die Bestätigung eines Zw.-V. erlassene Entscheidung (§ 174 Abs. 3). Auch in Fällen, in denen das Gericht zwar eine Entscheidung nicht treffen musste, es vielmehr in dessen Ermessen gestellt ist, eine bestimmte Anordnung von Amts wegen zu treffen, findet Beschwerde statt, wenn einem Beteiligten das Recht zusteht, den Erlass der Anordnung zu beantragen und eine Entscheidung darüber zu verlangen, der Antrag aber zurückgewiesen wurde. Dagegen steht ein Beschwerderecht demjenigen nicht zu, der ein Recht auf Erlass einer Anordnung nicht hatte, aber das Gericht auf Thatsachen aufmerksam machte, welche geeignet seien, diese zu rechtfertigen. In einem solchen Falle brauchte das Gericht sich überhaupt nicht darüber auszusprechen, warum es der Anregung eine Folge nicht gebe. Jedenfalls ist die Mitteilung der Gründe, aus welchen die in Frage stehende Anordnung unterlassen wurde, nicht eine Entscheidung im Sinne des § 66. [2]) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass ein förmlicher Antrag gestellt und vom Gerichte die angeregte Verfügung abgelehnt wurde.

3) Neben der sofortigen Beschwerde hat die K.-O. nirgends die einfache Beschwerde (§ 530 C.-P.-O.) zugelassen. Doch kann auch dieses Rechtsmittel in einem durch das Kv. veranlassten und mit ihm zusammenhängenden Verfahren zur Anwendung kommen. Dies ist der Fall, wenn dieses Verfahren unmittelbar durch die C.-P.-O. geregelt wird und die

[1]) Wengler S. 423; Willenbücher S. 130 Nr. 4; v. Wilmowski S. 276; Ldg. Zwickau 10. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 670. A. M. v. Sarwey S. 452 Nr. 3; Stieglitz S. 419 Anm. e.

[2]) Fitting § 26 Anm. 16, § 35 Anm. 23; Kohler S. 521, 523; v. Völderndorff Bd. 2 S. 27 Anm. 28; O.-L.-G. Hamburg 1. Jan. 1889, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 10 S. 224. A. M. Endemann S. 66; v. Wilmowski S. 277 Nr. 4. Andererseits erklärt Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 102 ff., die Beschwerde gegen alle „Administrativdekrete" für unzulässig, ohne das Unterscheidungsmerkmal der „Administrativ-" u. „Decisivdekrete" anzugeben.

Voraussetzungen des § 530 vorliegen oder durch eine andere Vorschrift ausdrücklich die einfache Beschwerde zugelassen bezw. auf § 530 C.-P.-O. verwiesen wird. Allerdings spricht § 66 nicht ausdrücklich von solchen Entscheidungen, welche auf Grund der K.-O. ergehen, sondern lässt gegen alle „Entscheidungen im Kv." die sofortige Beschwerde zu. Aber unter dem Kv. ist hier nur das durch die K.-O. unmittelbar geregelte Verfahren zu verstehen. § 66 kann deshalb nur auf solche Entscheidungen bezogen werden, welche in diesem Verfahren und demnach auf Grund der K.-O. erlassen worden sind. In diesem Sinne wurde auch in den Mot. (S. 299) bemerkt, die gewöhnliche Beschwerde finde dann statt, wenn eine Incidententscheidung unter Anwendung der C.-P.-O. erlassen worden und nach der letztern durch Beschwerde anzufechten sei. Damit einfache — nicht sofortige — Beschwerde stattfinde, genügt es aber nicht, dass auf Grund des § 65 die C.-P.-O. zur Anwendung gelangt ist. Nur dann trifft § 66 nicht zu, wenn die zu entscheidende Frage nicht dem Kv. eigentümlich ist und die Entscheidung gar nicht auf Grund der K.-O., sondern auf Grund eines anderen Gesetzes, insbesondere der C.-P.-O. oder eines Nebengesetzes derselben getroffen worden ist. Die einfache Beschwerde ist hiernach zulässig gegen Entscheidungen, welche auf Grund der C.-P.-O. (§§ 345, 355, 374) gegen Zeugen und Sachverständige ergangen sind oder auf Grund des G.-V.-G. (§§ 159, 160, 183) wegen verweigerter Rechtshilfe oder Ungebühr getroffen wurden. Auch die Festsetzung von Gebühren der Zeugen und Sachverständigen kann durch einfache Beschwerde angefochten werden, obgleich die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen durch das Kv. veranlasst wurde. Die Festsetzung der Gebühr erfolgt nicht auf Grund der K.-O., sondern auf Grund der Geb.-O. Auch kann der Umstand keinen Unterschied bewirken, dass die Vernehmung nicht in einem Rechtsstreite, sondern im Kv. stattgefunden hat (§§ 17 Geb.-O. f. Zeugen und Sachverst. v. 30. Juni 1878).[1]) Dasselbe gilt, soweit die Festsetzung der Gerichtskosten oder der Gebühren eines Gerichtsvollziehers angefochten werden kann. Auch hier findet nicht sofortige Beschwerde nach § 66 K.-O. statt, sondern ist § 4 G.-K.-G. bezw. § 22 Geb.-O. für Gerichtsvollzieher maassgebend.

4) Die „sofortige Beschwerde" steht demjenigen zu, dessen Interesse durch die Entscheidung verletzt ist. Handelt es sich um ein gemeinschaftliches Interesse der K.-Gl., so kann sie von demjenigen Organ beschlossen werden, welchem die Wahrung dieses Interesses anvertraut ist. Wird die Ernennung des von der Gl.-V. gewählten K.-V. verweigert (§ 72), oder die Vollziehung eines von dieser Versammlung gefassten Beschlusses untersagt (§ 91), so kann hiernach die Gläubigerversammlung beschliessen, dass Beschwerde erhoben werde. Die Beschwerde muss aber, da die Gl.-V. nicht parteifähig ist, von einzelnen Gläubigern eingereicht werden (§§ 85 ff. Bem. I, 1). War der Antrag auf Entlassung des K.-V. (§ 76) vom Gläubigerausschuss gestellt, so kann dieser gegen den ablehnenden Beschluss Beschwerde einlegen. Wenn es sich um einen Beschluss der Gläubiger handelt, muss übrigens, da jeder einzelne K.-Gl., der bei dem in Frage stehenden Beschluss mitgewirkt hat, als verletzt erscheint, auch den einzelnen Gläubigern das Recht der Beschwerde eingeräumt werden (Bem. I. zu §§ 85 ff.).[2]) Der Gemeinschuldner ist insoweit zur Beschwerde nicht berechtigt, als die dem K.-V. nach § 5 eingeräumte Vertretungsbefugnis (Bem. III. 1 zu § 5) reicht.[3])

5) Nach § 540 Abs. 3 C.-P.-O. ist das Gericht zu einer Abänderung seiner durch sofortige Beschwerde angegriffenen Entscheidung nicht befugt. Diese Bestimmung gilt auch im Kv. Die Vorschriften der C.-P.-O. finden allerdings nach § 65 hier nur „entsprechende" Anwendung. Auch wurde die „sofortige Beschwerde" offenbar deshalb als das im Kv. an-

[1]) Ldg. Zwickau 13. April 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 191.

[2]) A. M. nur Hullmann S. 223 und Wengler S. 424.

[3]) Pütter in Gruchot Bd. 27 S. 324 ff., bes. S. 333, 334; v. Wilmowski S. 277 Nr. 5; O.-L.-G. Köln 20. Jan. 1890, Rhein. Arch. Bd. 81 III. S. 79.

zuwendende Rechtsmittel gewählt, weil möglichst bald feststehen soll, ob eine Entscheidung in Kraft bleibt oder nicht. Aber gerade deshalb muss auch diejenige mit der Natur der sofortigen Beschwerde zusammenhängende Wirkung in Kv. eintreten, nach welcher die Abänderung der Entscheidung durch das Konkursgericht ausgeschlossen ist. Die sofortige Beschwerde ist so, wie die C.-P.-O. sie geregelt hat, als das im Kv. zulässige Rechtsmittel bezeichnet worden. Dazu gehört aber die Unabänderlichkeit der durch sie angreifbaren Verfügung durch das Gericht, welches diese letztere erlassen hat. Zu einer Unterscheidung zwischen materiellen und rein formalen prozessleitenden Entscheidungen giebt das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Soweit eine sofortige Beschwerde zulässig ist, darf daher die Entscheidung von dem Gerichte nicht abgeändert werden.[1]) Als Entscheidungen, welche durch sofortige Beschwerde angefochten werden können, sind aber einfache Terminsbestimmungen, welche lediglich in das Ermessen des Konkursgerichtes gestellt sind, nicht anzusehen. § 540 Abs. 3 findet übrigens nicht erst von dem Augenblicke ab Anwendung, in welchem die sofortige Beschwerde eingelegt worden ist. Vielmehr ist bei den durch sofortige Beschwerde anfechtbaren Beschlüssen die Abänderung durch das Gericht, welches sie erlassen hat, überhaupt ausgeschlossen.[2])

§ 67.

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittelungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen.

(E. § 67; M. S. 299, 300; K. S. 60; pr. K.-O. § 132 Abs. 6).

1) Alle Beteiligten, zumal der K.-V., können einer zuverlässigen Auskunft über die thatsächlichen in Ansehung der Masse bestehenden Verhältnisse bedürfen, welche aus den Mitteilungen des Gemeinschuldners und aus Privaterkundigungen nicht immer zu entnehmen ist. Insbesondere kann ein solches Bedürfnis bestehen, soweit es sich um das Verhalten gegenüber schwebenden Rechtsgeschäften, sowie geltend gemachten Aus- und Absonderungsansprüchen oder um die Ausübung des Anfechtungsrechtes, das Stimmrecht für streitige oder nicht geprüfte Konkursforderungen, oder um die Verwertung von Massegegenständen handelt oder soweit die Voraussetzungen eines Zwangsvergleiches zu prüfen sind. Deshalb legt § 67 dem Konkursgerichte die Befugnis bei, die ihm erforderlich erscheinenden Ermittelungen von Amts wegen anzuordnen. Zu den das Kv. betreffenden Verhältnissen gehören auch materielle Rechtsverhältnisse.[3]) Wegen der Frage, ob Ermittelungen auch bezüglich der Einrede des Schuldners angeordnet werden dürfen, der den Eröffnungsantrag stellende Gläubiger habe sich verpflichtet, die Eröffnung nicht zu beantragen, vgl. Bem. III. zu §§ 95 ff.

2) Da es in dem Kv. keine Parteien giebt, folglich für die Verhandlungsform und das „Dispositionsprinzip“ kein Raum ist (Bem. 1 zu § 66), musste das Gericht in die Lage gesetzt werden, sich die thatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidungen selbst zu beschaffen. Es gilt hiernach ebenso wie für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren

[1]) Willenbücher S. 131 Nr. 7a; v. Wilmowski S. 275 Nr. 1.

[2]) Altvater im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 468 ff.; Petersen C.-P.-O. S. 778; Struckmann-Koch S. 604 Nr. 5; v. Wilmowski und Levy (V. Aufl.) S. 722; Endemann C.-P.-O. Bd. 2 S. 501; v. Sarwey Bd. 1 S. 720; v. Bülow S. 407; Reincke S. 497. A. M. Hellmann, Lehrb. § 117 S. 770; v. Planck, Lehrb. Bd. 1 § 79 Anm. 27; Wach, Vorträge S. 97; L. Seuffert S. 629; Gaupp (2. Aufl.) Bd. 2 S. 131; Förster Bd. 2 S. 188 Nr. 3.

[3]) A. M. Seestern-Pauly in Buschs Z. Bd. 10 S. 518.

die Untersuchungsform und das sogen. „Offizialprinzip“. Die Bestimmung über den Umfang der Ermittelungen und über die Auswahl und Herbeischaffung der anzuwendenden Mittel steht ausschliesslich dem Gerichte zu. Doch dürfen auch die Beteiligten, insbesondere der Gemeinschuldner, der K.-V., der Gl.-A., die Gl.-V. oder einzelne Gläubiger bestimmte Ermittelungen beantragen. Sowohl gegen eine derartige Anordnung als gegen die Ablehnung eines Antrags steht nach § 66 sofortige Beschwerde zu. In beiden Fällen liegt eine im Kv. ergangene Entscheidung vor.

3) Die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen hat in Gemässheit der C.-P.-O. (§§ 349 ff. und 369 ff.) zu erfolgen. Um deren Vornahme sowie um sonstige Ermittelungen kann das Gericht jede zuständige Behörde ersuchen. Die Zeugen und Sachverständigen sind, soweit eine förmliche Beweisaufnahme beabsichtigt ist, nach Vorschrift der C.-P.-O. zu beeidigen. Ein Verzicht auf die Beeidigung (§ 356 Abs. 2 C.-P.-O.) kann hier nicht in wirksamer Weise erfolgen, weil es Parteien nicht giebt und das Offizialprinzip gilt (§ 577 Abs. 1 C.-P.-O.).[1] Wenn dagegen nur Erkundigungen eingezogen werden sollen, bedarf es ebensowenig einer Beeidigung der Auskunftspersonen wie eines Protokolls. Die um Auskunft angegangenen Personen können aber in diesem Falle die Auskunft verweigern, weil die §§ 345 und 372 nur gegenüber Zeugen bezw. Sachverständigen Anwendung finden. Auch die Vorlage von Handelsbüchern kann vom Konkursgerichte angeordnet werden, soweit diese Anordnung nach dem H.-G.-B. und der C.-P.-O. gestattet ist. Bezüglich der Voraussetzungen vgl. die Bem. zu §§ 133 ff. C.-P.-O. und zu § 13 des E.-G. hierzu im Kommentar von Petersen.

§ 68.

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Einrückung kann auszugsweise geschehen. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes.

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen.

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Beteiligten, auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

§ 69.

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht.

Die dem Verwalter obliegenden Mitteilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

(E. §§ 68, 69; M. S. 300, 301; K. S. 60—62; pr. K.-O. §§ 123, 148, 168, 183, 204).

[1]) v. Wilmowski S. 278. A. M. Endemann S. 67; v. Sarwey S. 544, v. Völderndorff Bd. 2 S. 32 und Wengler S. 426, welche das Ermessen des Gerichtes entscheiden lassen.

1) Auf das Zustellungs- und Ladungswesen soll im allgemeinen die C.-P.-O. Anwendung finden (M. S. 300). Wegen der grossen Schwierigkeiten des aktenmässigen Nachweises der Ladung jedes einzelnen Beteiligten wurde jedoch in vielen Fällen die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben (§§ 73, 85, 103, 105, 139, 151, 166, 175, 184, 189, 191). Bezüglich dieser öffentlichen Bekanntmachung sind nicht die §§ 186–189 C.-P.-O., sondern ist nur § 68 maassgebend. Es braucht weder ein Anheften an die Gerichtstafel, noch die zweimalige Einrückung in das zur Bekanntmachung bestimmte Blatt zu erfolgen. Nur in einzelnen Fällen wird die Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger verlangt (§§ 103, 105, 151, 175, 184, 189). Die weitern Bekanntmachungen, welche das Gericht nach Abs. 2 anordnen kann, dürfen durch nochmalige Veröffentlichung in derselben oder in einer andern Zeitung, aber auch durch Anheften an der Gerichtstafel, an der Börse u. s. w. geschehen. Die Zulässigkeit einer auszugsweisen Einrückung wurde mit Rücksicht auf die Kostenersparung beschlossen (K. S. 60). Welche Punkte der Auszug zu enthalten hat, ist vom Konkursrichter zu bestimmen. Die Bekanntmachung gilt nach § 68 Abs. 1 erst dann als bewirkt, wenn der zweite Tag nach der Ausgabe des Blattes an dessen Erscheinungsort abgelaufen ist. Handelt es sich um eine von der Bekanntmachung an laufende Frist, so beginnt diese sonach erst an dem erwähnten oder am darauffolgenden Tage zu laufen. Bei der Berechnung ist der Tag, an welchem das Blatt wirklich ausgegeben wird, auch dann entscheidend, wenn die an diesem Tage ausgegebene Zeitung vordatiert wird, also das Datum des folgenden Tages trägt. Der Tag der Ausgabe, nicht das Datum des Blattes ist nach dem Gesetze maassgebend.[1]) Unter Ausgabe ist die allgemeine Ausgabe an demjenigen Orte zu verstehen, an welchem das Blatt erscheint, nicht die jeweilige Ausgabe an den verschiedenen Orten, an welchen das Blatt verbreitet wird, aber auch nicht die Aufgabe zur Post, welche bezüglich der durch diese zu befördernden einzelnen Blätter am Vorabend des Ausgabetages erfolgt. Dass einer der zwei Tage, welche auf den Ausgabetag folgen, ein Sonn- oder Feiertag ist, ändert an der Anwendung der Vorschrift nichts.

2) Besondere Ladungen und Benachrichtigungen werden durch die K.-O. nicht ausgeschlossen, in einzelnen Fällen sogar ausdrücklich vorgeschrieben. Wo sie neben einer öffentlichen Bekanntmachung vorkommen, soll aber nur von der letztern die Gültigkeit der Verhandlungen abhängen (M. S. 300). Die Unterlassung der besondern Zustellung hat also keine nachteiligen Folgen. Die Beschwerdefrist läuft hiernach, auch wenn die öffentliche Bekanntmachung erst an einem spätern Tage als die Zustellung erfolgte, erst vom Tage der Bekanntmachung an.[2]) Das Gesetz legt der Bekanntmachung und nur dieser die Wirkungen der förmlichen Zustellung bei. Der Zusatz „auch wenn u. s. w." lässt erkennen, dass dieser besondern Zustellung nicht die sonstige formale Bedeutung eines Zustellungsaktes zukommt, dass sie vielmehr nur den Zweck hat, die Beteiligten noch auf anderem Wege zu benachrichtigen. Eine wirksame Zustellung liegt hiernach vor, wenn lediglich eine Bekanntmachung erging und die besondere Zustellung unterblieb, nicht aber im umgekehrten Falle.

3) Mit Rücksicht auf die Einrichtung der öffentlichen Bekanntmachung wurde für die nebenhergehenden besondern Zustellungen die einfache und Kosten ersparende Form der Postaufgabe (§ 175 C.-P.-O.) gewählt. Die Aufgabe zur Post (§ 161 C.-P.-O.) genügt auch dann, wenn der Adressat an dem Orte oder im Bezirke des Konkursgerichts seinen Wohnsitz hat (M. S. 300, 301). Die Aufgabe muss durch den Gerichtsvollzieher erfolgen.[3]) Handelt

[1]) Fitting § 26 Anm. 4; v. Sarwey S. 545; Willenbücher S. 133 Nr. 3; v. Wilmowski S. 279. A. M. Endemann S. 68, 69; v. Völderndorff Bd. 2 S. 39; Wengler S. 429.

[2]) Hullmann S. 224; Willenbücher S. 133 Nr. 4; v. Wilmowski S. 278 Nr. 3; Ldg. Hall 15. April 1885, Württ. Gerichtsbl. Bd. 20 S. 378; O.-L.-G. Dresden 23. April 1885, Ann. Bd. 7, S. 156 ff. A. M. v. Sarwey S. 545; v. Völderndorff Bd. 2 S. 43 Anm. 4; Wengler S. 428.

[3]) Stieglitz S. 425 Anm. a.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 42 u. 43 Anm. 3. A. M. v. Sarwey S. 548.

es sich um eine Zustellung, neben welcher öffentliche Bekanntmachung nicht erfolgt, so kommt § 69 nicht zur Anwendung. Dass es einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks nicht bedarf, wurde in der Reichstagskommission beanstandet. Ein Abänderungsantrag wurde aber abgelehnt, nachdem hervorgehoben worden war, dass auf das zuzustellende Schriftstück die Abschrift der Zustellungsurkunde gesetzt und dadurch bis zur Aufgabe zur Post die amtliche Kontrolle hinlänglich gewahrt werde, auch der Umschlag mit dem Gerichtssiegel verschlossen sei (K. S. 61, 62). Die Formlosigkeit der Mitteilungen, welche das Gesetz in einzelnen Fällen dem K.-V. auferlegt (§§ 123 Abs. 1, 147 Abs. 2), entspricht dem § 463 Abs. 2 C.-P.-O. (M. S. 301). Auf Mitteilungen, welche dem K.-V. zu machen sind, bezieht sich die Vorschrift nicht. Übrigens kann diese nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine einfache Mitteilung handelt, nicht aber, wenn das Gesetz, wie z. B. in § 115, eine förmliche Ladung oder eine besondere Bekanntmachung vorschreibt.

§ 70.

Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt.

Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.

§ 71.

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfasst, so können mehrere Konkursverwalter ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig.

§ 72.

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen. Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.

§ 73.

Der Name des Verwalters ist öffentlich bekannt zu machen.

Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu erteilen. Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amtes dem Gerichte zurückzureichen.

(E. §§ 70—73; M. S. 301—305; K. S. 62; pr. K.-O. §§ 128—130, 136.)

Auswahl S. 317.
Bekanntmachung d. Ernennung S. 318.
Bescheinigung S. 318.
Beschwerde S. 316.
Ehrenrecht S. 317.
Gemeinschuldner S. 317.
Gläubigerversammlung S. 316.
Interessenkollision S. 318.
K.-Gl. als K.-V. S. 317.
Mehrheit von K.-V. S. 317.
Mitteilung d. Ernennung S. 318.
Pflicht zur Annahme S. 319.
Rücktritt S. 319.
Sicherheitsleistung S. 319.
Unfähigkeit S. 317.
Verpflichtungshandlung S. 319.
Vertreter S. 317.
Verwandte S. 317.
Wiederholte Ernennung S. 316.
Zurückgabe d. Bestallung S. 318.

I. Ernennung des Konkursverwalters.

(§ 70 Abs. 1, §§ 71, 72).

1) Nach der K.-O. ist der K.-V. in allen Fällen vom Gerichte zu ernennen. Durch § 72 wird zwar den Gläubigern Gelegenheit gegeben, gegenüber dieser Ernennung ein „Widerspruchs- und Wahlrecht“ auszuüben. Der Beschluss der Gl.-V. ist jedoch für das Gericht nicht bindend; vielmehr kann es die Ernennung der gewählten Person versagen. Geschieht dies, so findet nicht eine abermalige Wahl statt, sondern bleibt, wie auch in der Reichstagskommission (S. 62) hervorgehoben wurde, die frühere Ernennung in Kraft. Das Gericht wird den Willen der Gläubiger nur dann unbeachtet lassen, wenn triftige Gründe hierzu vorliegen (M. S. 303). Zudem steht gegen die Versagung der Ernennung sofortige Beschwerde zu (§ 66). Die Angabe der Gründe der Versagung ist im Gesetz nicht verlangt, weil sie weder den Interessen des Gewählten noch den sachlichen Interessen entsprechen würde und das Gericht in der Lage ist, die Beteiligten mündlich zu hören (M. S. 303; K. S. 62). Die vom Konkursgerichte ausgehende Ernennung eines K.-V. wirkt bis zum thatsächlichen Eintritte eines andern K.-V. fort. Weder in der Wahl noch in der Ernennung eines andern liegt an sich die Enthebung des bisherigen K.-V.; diese kann vielmehr erst nach der Annahme der Ernennung eines neuen K.-V. vollzogen werden.[1])

2) Die Beschwerde ist sowohl gegen die Ernennung als gegen die Versagung der Bestätigung des gewählten Verwalters zulässig. Sie steht sowohl dem Gemeinschuldner als den einzelnen Gläubigern zu, welche gleichfalls ein Interesse an der Ernennung eines geeigneten K.-V. haben. Ob der Gläubiger, welcher gegen die Versagung der Bestätigung Beschwerde führt, in der Gl.-V. anwesend war und sich bei der Abstimmung beteiligt hat, ist gleichgültig.[2]) Ja selbst dann kann ein Gläubiger in dem letztern Falle Beschwerde einlegen, wenn er nicht für den gewählten K.-V. gestimmt hat. Dieser kann dem Beschwerdeführer immer noch lieber sein als der vom Gerichte ernannte K.-V. Ausserdem kann der Beschwerdeführer seine Ansicht ändern und hat auch dann das Recht, seiner Auffassung Geltung zu verschaffen. Auch der Umstand, dass der beschwerdeführende Gläubiger zur Zeit kein Stimmrecht hat (§§ 87, 88), schliesst dessen Beschwerderecht nicht aus. Seine Interessen können durch den Beschluss ebenso verletzt sein wie die der übrigen K.-Gl.[3]) Dem gewählten K.-V. steht gegen den seine Ernennung bestätigenden Beschluss Beschwerde nicht zu, da er nicht verpflichtet ist, die Ernennung anzunehmen, sonach dadurch nicht beschwert wird (Bem. II. 2). Auch ist er nicht berechtigt, die Versagung der Bestätigung durch Beschwerde anzufechten, da er an der letzteren wohl ein thatsächliches Interesse haben kann, aber als Beteiligter nicht anzusehen ist. Er steht zur Sache nicht anders wie derjenige, der sich um die gerichtliche Ernennunng bemüht hat, aber nicht berücksichtigt wurde. Ebensowenig hat der ursprünglich vom Gerichte ernannte K.-V. ein Beschwerderecht in Ansehung der Bestätigung des gewählten Verwalters, denn er ist nur unter der Bedingung ernannt worden, dass nicht die Gläubigerversammlung eine andere dem Gerichte genehme Person wähle.

Die §§ 70 und 72 kommen nicht bloss bei der ersten Ernennung, sondern auch dann zur Anwendung, wenn der ernannte K.-V. gestorben ist, sein Amt niedergelegt hat, oder nach § 76 entlassen wurde. In diesen Fällen darf, wenn nicht nach dem Wegfalle des K.-V. ohnehin eine Gl.-V. stattfindet, eine solche sowohl von Amts wegen als auf Antrag (§ 85) berufen werden.[4]) Die Gl.-V. kann übrigens jedem ernannten K.-V. gegenüber das Recht, eine andere Person zu wählen, nur einmal ausüben und zwar muss dies rechtzeitig

1) O.-L.-G. Dresden 29. Juni 1887, Sächs. Ann. Bd. 10 S. 331 ff.

2) Willenbücher S. 136 Nr. 5; v. Wilmowski S. 283. A. M. Endemann S. 418; Fitting § 29 Anm. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 61.

3) A. M. v. Sarwey S. 553.

4) Ldg. Flensburg 29. Dez. 1879, Juristenzeit. Bd. 4 S. 161.

geschehen. Wurde von dem Wahlrechte in der hierzu bestimmten Versammlung kein Gebrauch gemacht oder hat das Gericht der vorgenommenen Wahl die Bestätigung versagt, so kann nicht in einer spätern Gl.-V. ein anderer K.-V. gewählt oder das Versäumte nachgeholt werden.

3) In der Regel kann bloss ein K.-V. ernannt werden. Nur ausnahmsweise gestattet § 71 mehrere zu ernennen, wenn verschiedene in sich abgeschlossene Geschäftszweige (z. B. eine Fabrik und ein Warengeschäft, oder ein landwirtschaftliches Gut und eine Bierbrauerei) vorhanden sind, die Thätigkeit und Verantwortlichkeit der verschiedenen Verwalter sich also trennen lässt. Sind mehrere K.-V. bestellt worden, so hat jeder die in seinen Verwaltungszweig fallenden Geschäfte selbständig zu erledigen. Entsteht unter ihnen ein Streit über ihre Zuständigkeit, so ist dieser vom Gerichte zu entscheiden, von dem die Bestellung und Geschäftsverteilung ausging.[1]) Wird dagegen die Wirksamkeit einer Verwaltungshandlung bestritten, weil der K.-V. dazu mit Rücksicht auf die Geschäftsverteilung nicht befugt gewesen sei, so kann eine Entscheidung über die Wirksamkeit der Handlung nur auf dem Wege des Prozesses durch Feststellungsklage herbeigeführt werden.[2]) Bei dieser Entscheidung kann aber die Auffassung des Konkursgerichts über die Bedeutung der Geschäftsverteilung ins Gewicht fallen. Eine Reihe von Geschäften, z. B. die Berichterstattung, Schlussrechnung, Verteilung der Gelder entzieht sich der Verteilung unter mehrere Personen. Derartige Arbeiten müssen deshalb einem der K.-V. besonders zugewiesen werden.[3]) Eine gemeinschaftliche Verwaltung unter gemeinsamer Haftbarkeit, wie sie das franz. Recht kennt, ist nach § 71 ebenso ausgeschlossen wie eine gegenseitige Haftbarkeit der mehreren voneinander unabhängigen K.-V. Dagegen ist es diesen auch hier unbenommen, wenn der Umfang des Geschäftes dies erfordert, Hilfskräfte zu verwenden, die nach ihren Anweisungen und unter ihrer Aufsicht thätig sind. Die Verantwortung für deren Handlungen hat der K.-V. nach Maassgabe des bürgerlichen Rechtes zu tragen (M. S. 306). Einen Vertreter, der nach aussen hin an seiner Stelle die ihm nach dem Gesetze zustehenden Befugnisse ausüben soll, kann sich der K.-V. nicht bestellen. Derartige Handlungen kann nur ein vom Gerichte ernannter K.-V. vornehmen; nur dieses kann sonach einen Vertreter bezeichnen.[4])

4) Bezüglich der Auswahl der zum K.-V. geeigneten Persönlichkeiten wurde absichtlich von allen Beschränkungen auf bestimmte Personenklassen, wie z. B. Notare oder Rechtsanwälte abgesehen (M. a. a. O.). Es sind weder die nahen Verwandten des Gemeinschuldners, noch die an dem Verfahren beteiligten Gläubiger ausgeschlossen. Auch ist es nicht notwendig, dass der K.-V. am Sitze des Konkursgerichts wohnt. Der Gemeinschuldner selbst kann nicht zum K.-V. ernannt werden, wie sich aus § 5 und den übrigen Bestimmungen der K.-O. ergiebt (M. S. 304).[5]) Ebenso darf nur eine handlungsfähige Person als K.-V. bestellt werden. Ausser dem Gemeinschuldner und den handlungsunfähigen Personen kann auch derjenige, welchem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind, während der Zeit, auf welche sich dieser Verlust erstreckt, nicht als K.-V. ernannt werden, denn der K.-V. ist ein „Kurator“ im Sinne des § 34 Z. 6 St.-G.-B. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist der Umstand entscheidend, dass dem K.-V. die Verwaltung eines fremden Vermögens und die Vertretung des Gemeinschuldners kraft eines ihm durch richterliche Ernennung übertragenen öffentlichen Amtes zusteht. Dass dem Kurator die „Fürsorge

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 56; Willenbücher S. 135; v. Wilmowski S. 283.

[2]) v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Endemann S. 418; Fitting § 29 Anm. 38; Stieglitz S. 431; v. Völderndorff Bd. 2 S. 57; Wengler S. 437.

[4]) Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 675; Stieglitz S. 523 Anm. b. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 51 und 373; Wengler S. 541; v. Wilmowski S. 283, 363.

[5]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 1 S. 126 lit. f., Bd. 2 S. 46.

für die Person" des Kuranden obliegt, dass er also auch einen „Pflegling" hat, wird in § 34 St.-G.-B. nicht vorausgesetzt[1]) Tritt der Fall ein, dass die Pflichten des K.-V. in unvereinbarer Weise mit seinen persönlichen Interessen derart zusammenstossen, dass er die ihm obliegende Thätigkeit im gegebenen Falle nicht ausüben kann, hat er z. B. selbst eine Konkursforderung oder ein Absonderungsrecht geltend gemacht, über deren Anerkennung er in seiner Eigenschaft als K.-V. zu entscheiden hätte, so wird das Gericht berechtigt sein, sofern nicht nach den thatsächlichen Verhältnissen die Entlassung als angezeigt erscheint, für den bestimmten Fall einen besondern Verwalter (ad hoc) zu ernennen. Dieser nimmt dann diejenige Thätigkeit vor, an deren Vornahme der K.-V. rechtlich verhindert ist. Die K.-O. hat zwar eine solche Verfügung nicht ausdrücklich vorgesehen. Aber die Befugnis hierzu ergiebt sich aus der Natur der Sache; die Behörde, welche den Inhaber eines öffentlichen Amtes zu bestellen hat, muss auch berechtigt sein, im Falle eintretender Verhinderung für dessen Vertretung oder Ersetzung zu sorgen.

II. Bescheinigung und Bekanntmachung der Ernennung. Sicherheitsleistung.

(§ 70 Abs. 2, § 73).

1) Mit der Mitteilung der Ernennung nehmen auch die gesetzlichen Befugnisse des K.-V. ihren Anfang. Die öffentliche Bekanntmachung seines Namens und die Erteilung einer urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung sind daneben im Interesse des Verkehrs und zur Erleichterung des Nachweises seiner Vollmacht vorgeschrieben (M. S. 305). In der Bekanntmachung ist der K.-V. möglichst genau zu bezeichnen und nicht bloss Vor- und Zuname, sondern auch Stand und Wohnort anzugeben. Ein Mangel in der Bekanntmachung, ja selbst eine falsche Namensangabe hat jedoch keinen Einfluss auf seine Befugnisse, denn diese beruhen auf der Ernennung, nicht auf der Bekanntmachung. Aus demselben Grunde würde eine irrtümlich in der Bekanntmachung als K.-V. bezeichnete Person nicht zu Verwaltungshandlungen ermächtigt sein. Wer in gutem Glauben an eine solche Person etwas geleistet hat, wird durch die Leistung nicht ohne weiteres befreit. Vielmehr entscheidet bezüglich dieser Frage das bürgerliche Recht. Der Schuldner hat immerhin an eine unberechtigte Person bezahlt, wenn er auch durch die Bekanntmachung hierzu verleitet wurde.[2]) Die Ernennung ist dem K.-V. vom Gerichte mitzuteilen. Er kann seine Thätigkeit sofort beginnen, nachdem er von der Ernennung Kenntnis erhalten hat. Es bedarf hierzu weder einer förmlichen Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, noch braucht er die urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung abzuwarten.[3]) Mit der Entlassung hören die Befugnisse des K.-V. auf, ebenso durch Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung des Verwalteramtes (Bem. I. 4). In dieser Beziehung ist zwischen dem Verhältnis nach innen und nach aussen nicht zu unterscheiden und die Anwendung der Art. 25, 46 H.-G.-B. nicht aus dem Gesetze zu begründen. Wie der ernannte K.-V. zur Ausübung des Amtes vor der Bekanntmachung berechtigt ist, so verliert er seine Eigenschaft unabhängig von der Bekanntmachung seiner Entlassung. Bezüglich der Frage, was zu geschehen hat, wenn ein Dritter in gutem Glauben an den frühern K.-V. etwas geleistet hat, ist das bürgerliche Recht maassgebend.[4])

Der K.-V. muss die Bestallung bei Beendigung seines Amtes zurückgeben, weil ihr Besitz ihn dem Publikum gegenüber als den bestellten K.-V. darstellt, sonach missbraucht werden kann. Wird die Zurückgabe verweigert, so kann sie nicht vom Gerichte durch

[1]) A. M. nur v. Schwarze, St.-G.-B. S. 201 Nr. 4 a. E.

[2]) Fitting § 29 Anm. 10, S. 254 Nr. VI.; Stieglitz S. 434; Willenbücher S. 136; v. Wilmowski S. 284. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 62 Anm. 2; Wengler S. 440.

[3]) Endemann S. 419 Nr. III.; Willenbücher S. 134 Nr. 4; v. Wilmowski S. 282. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 63 a. E. und Anm. 5.

[4]) Vgl. Anm. 2.

Ordnungsstrafen erzwungen werden, denn diese können nur gegen den im Amte befindlichen K.-V. verhängt werden (§ 76), während die Zurückforderung der Bestallung die Enthebung vom Amte voraussetzt.[1]) Dagegen kann der neue K.-V. auf Herausgabe der Bestallung an das Gericht klagen, damit nicht der Entlassene die Verwaltung beeinträchtige. Die K.-Gl. sind zu einer solchen Klage nicht berechtigt, weil sie sich in die Verwaltung nicht einzumischen haben.[2]) Die Vorschriften kommen bezüglich jeder Ernennung eines K.-V. zur Anwendung, gleichviel ob er von Amts wegen oder auf Vorschlag der Gläubigerversammlung ernannt wurde. Ob und unter welchen Voraussetzungen durch Handlungen, welche der K.-V. nach seiner Entlassung vorgenommen hat, eine Masseforderung entsteht, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen.

2) Eine Verpflichtung zur Annahme der Ernennung besteht für den K.-V. nicht. Bei Begründung des § 74 wurde auch ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass jener sein Amt freiwillig übernehme (Bem. 1 zu §§ 74 ff). Der Ernannte kann deshalb die Übernahme des Amtes ohne Angabe von Gründen ablehnen und es ebenso niederlegen, wenn er sich nicht zur Fortführung besonders verpflichtet hat. Soweit dies nicht der Fall ist, steht ihm das Recht zu, von dem Amte jederzeit wieder zurückzutreten. Er darf dies jedoch nicht zur Unzeit thun und wird auch verpflichtet sein, seine Thätigkeit solange fortzusetzen, bis ein Nachfolger ernannt ist. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme oder Fortführung des Amtes besteht nicht. Aus der Thatsache allein, dass der K.-V. die Ernennung angenommen hat, folgt aber nicht, dass er sich verpflichten wollte, die übernommene Thätigkeit unter allen Umständen bis zur Beendigung des Kv. fortzusetzen.[3]) Auch das Konkursgericht wird übrigens verpflichtet sein, einen widerwilligen Verwalter im Interesse der Beteiligten, wenn irgend möglich, durch einen andern zu ersetzen (vgl. jedoch Bem. I. 1 a. E.).

3) Die Vornahme einer besondern Verpflichtungshandlung schreibt die K.-O. dem Gerichte nicht vor (M. S. 305). Es hat deshalb weder eine Beeidigung des K.-V. oder eine Verpflichtung durch Handgelübde zu erfolgen, noch ist überhaupt eine besondere Einweisung nebst Belehruug über die zu übernehmenden Pflichten erforderlich. Die einfache Mitteilung der Ernennung genügt, um den K.-V. zur Übernahme der Verwaltung zu berechtigen, und die Annahme der Ernennung begründet die in dem Gesetze vorgesehenen Verpflichtungen. Ob eine besondere Verweisung auf die Vorschriften der K.-O. als angemessen erscheint, ist der Beurteilung des Gerichts überlassen.

4) Dem Gerichte steht das Recht zu, den K.-V. zur Sicherheitsleistung anzuhalten, und zwar kann sowohl seine Ernennung von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht, als nachträglich eine Sicherheitsleistung auferlegt werden. Bei den weitgehenden Befugnissen des K.-V. erschien eine solche Befugnis für diejenige Zeit unerlässlich, während welcher den Gläubigern eine unmittelbare Einwirkung auf dessen Geschäftsführung entzogen ist; sie wurde aber als zulässig und notwendig auch für den Fall angesehen, dass eine Mehrheit von Gläubigern geneigt sein sollte, auf eine Sicherheitsleistung zu verzichten. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und die Bestimmung über deren Art und Höhe ist in das Ermessen des Richters gestellt. Dieser kann sonach in ausgedehntem Maasse den schon in der Persönlichkeit oder den sonstigen Verhältnissen des K.-V. liegenden Bürgschaften Rechnung tragen (M. S. 305). An § 101 C.-P.-O. ist das Gericht hiernach nicht gebunden. Übrigens kann diese Bestimmung schon desshalb keine Anwendung finden, weil es sich hier nicht um eine „prozessualische" Sicherheit handelt und die Forderung einer Sicherheitsleistung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist.[4]) Aus der dem Gerichte eingeräumten

[1]) A. M. Endemann S. 420; v. Völderndorff Bd. 2 S. 65 Anm. 13.

[2]) A. M. v. Völderndorff a. a. O.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 53; Willenbücher S. 135. A. M. Meisner S. 254; v. Sarwey S. 551; Stieglitz S. 430; v. Wilmowski S. 282.

[4]) A. M. nur Wengler S. 436, der § 101 entsprechend anwenden will.

freien Stellung muss gefolgert werden, dass es die auferlegte Sicherheitsleistung auch wieder ganz oder teilweise erlassen, oder die bisherige Sicherheit durch eine andere ersetzen kann. In beiden Fällen bleiben die aus der bisherigen Sicherheitsleistung entstandenen Belastungen in Wirksamkeit, wenn das Gericht sie nicht auch für die Vergangenheit ausser Kraft gesetzt hat oder sie durch die neuerdings gestellte Sicherheit ersetzt worden sind.[1]) Gegen die Auferlegung der Sicherheitsleistung steht dem K.-V. sofortige Beschwerde zu. Dagegen kann diese nicht auch demjenigen eingeräumt werden, dessen Antrag auf Auferlegung einer Sicherheit zurückgewiesen wurde (Bem. III. 2 zu § 66).[2])

§ 74.

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

(E. § 74; M. S. 306; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 132).

1) Bezüglich der dem K.-V. gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern zukommenden Stellung vgl. Bem. III. 1 zu § 5. Dessen Verantwortlichkeit wird durch § 74 für das ganze Reichsgebiet gleichmässig geregelt. Mit Rücksicht darauf, dass er sein Amt freiwillig und gegen Vergütung übernimmt, wurde ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Pflicht gemacht. Er muss daher die culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne vertreten. Die Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmannes“ (Art. 343 H.-G.-B.) wurde deshalb nicht vorgeschrieben, weil sie nur für den Handelsverkehr passen würde (M. S. 306). Bei Prüfung der Verantwortlichkeitsfrage wird es immer darauf ankommen, ob der K.-V. diejenige Sorgfalt bethätigt hat, welche ein „ordentlicher Hausvater“ dann anwenden wird, wenn er eine ähnliche Stellung als Vermögensverwalter einnimmt. Thut oder unterlässt er etwas, was ein ordentlicher Verwalter nicht thun oder nicht versäumen wird, so hat er nicht diejenige Sorgfalt bethätigt, welche das Gesetz von ihm verlangt.[3]) Ob er in eigenen Angelegenheiten eine geringere Sorgfalt als die eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden pflegt, ist gleichgültig, da er nicht bloss für diligentia, quam in suis rebus adhibere solet, haftet. Auch darf er sich nicht darauf berufen, dass er mit der Verwaltung einer Masse oder mit dem Geschäftsbetriebe des Gemeinschuldners nicht vertraut gewesen sei. Diese Umstände mussten ihn veranlassen, das Amt des K.-V. abzulehnen bezw. niederzulegen oder sich der Unterstützung durch Sachverständige zu bedienen. Ist dies nicht geschehen, so haftet er nach § 74.[4]) Die K.-O. bestimmt bloss das Maass der Sorgfalt, welche der K.-V. anzuwenden hat, regelt dagegen nicht seine Entschädigungspflicht gegenüber dem Gemeinschuldner, den einzelnen Gläubigern und dritten Personen, z. B. Aussonderungsberechtigten, welche durch sein Verhalten geschädigt werden. Ob und in welchem Umfange eine Verpflichtung zum Schadenersatz besteht, richtet sich vielmehr nach dem bürgerlichen Rechte. Dass der K.-V. gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern, zu denen er, wenn er auch nicht deren Vertreter ist, immerhin in einem besondern dauernden Rechtsverhältnisse steht, zum Ersatze des durch sein Verschulden verursachten Schadens verpflichtet ist, wird allgemein anzunehmen sein. Anders liegt die Sache dagegen in Ansehung Dritter, zu denen der K.-V. nicht in einem besondern, aus seiner Stellung entspringenden, Rechtsverhältnisse steht. Solche Personen, welche sich übrigens wegen pflichtwidriger Handlungen

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 55; Stieglitz S. 431; Wengler S. 436. A. M. Fitting § 29 Anm. 25; v. Wilmowski S. 282 Nr. 2.

[2]) Fitting a. a. O. A. M. Endemann S. 425; Hullmann S. 227 Nr. 7; v. Sarwey S. 551; Stieglitz S. 431; v. Völderndorff Bd. 2 S. 53; v. Wilmowski S. 282.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 67.

[4]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 67; v. Wilmowski S. 285.

des K.-V. nach § 52 Z. 1 auch an die Masse halten können (Bem. II. zu § 52), werden nur dann von diesem persönlich Entschädigung verlangen können, wenn das bürgerliche Recht jedermann zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der einem anderen durch sein Verschulden erwachsen ist.[1]) Soweit ein solcher Anspruch besteht, können aber Dritte geltend machen, dass der K.-V. die ihm nach § 74 obliegende Sorgfalt nicht bethätigt habe und dass ihm deshalb ein Verschulden zur Last falle.

2) Soweit durch das pflichtwidrige Verhalten des K.-V. das zur Masse gehörige Vermögen, dessen Subjekt der Gemeinschuldner geblieben ist (Bem. II. 2 zu § 5), vermindert wurde, kann der Anspruch auf Schadenersatz von seinem Nachfolger ausgeübt werden, der in dieser Beziehung den Gemeinschuldner vertritt und dessen Aufgabe es ist, dafür zu sorgen, dass dasjenige, was der Masse durch den K.-V. entzogen wurde, ihr wieder ersetzt wird. Stellt sich erst bei Abnahme der Schlussrechnung (§ 150) heraus, dass der K.-V. die ihm obliegende Sorgfalt nicht bethätigt hat, und wird mit Rücksicht darauf die Genehmigung der Schlussrechnung verweigert, so kann seine Entlassung beantragt werden. Auch dann ist es Sache des neuen K.-V., seinen Vorgänger zur Verantwortung zu ziehen und dadurch, was der Masse entzogen wurde, wieder beizubringen. Der Gemeinschuldner selbst kann, solange das Kv. nicht beendigt wird, nicht auf Entschädigung klagen, denn was der K.-V. als Schadenersatz zu gewähren hat, gehört in die Masse, deren Verwaltung lediglich dem neuen K.-V. zusteht. Erst nach Aufhebung des Verfahrens kann der Gemeinschuldner einen Entschädigungsanspruch geltend machen, weil dann eine Konkursmasse nicht mehr besteht und der Entschädigungsanspruch zu seinem freien Vermögen gehört. Aber auch nach der Aufhebung des Kv. kann er nicht mehr Schadenersatz von dem frühern K.-V. verlangen, wenn dessen Nachfolger den Anspruch bereits gerichtlich geltend gemacht hatte und darüber rechtskräftig entschieden worden ist. Denn in diesem Prozesse wurde der Gemeinschuldner vom K.-V. vertreten und muss deshalb das ergangene Urteil gegen sich gelten lassen (Bem. III. 1 zu § 5). Wurde der K.-V. zu Schadenersatz verurteilt und ist dieser in die Masse geflossen, so ist damit die Verbindlichkeit des verklagten K.-V. getilgt. Wurde die Klage zurückgewiesen, so ist damit dem Anspruch des frühern Gemeinschuldners die Grundlage entzogen bezw. die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet.

Die einzelnen K.-Gl. sind als solche nicht berechtigt, während des Kv. gegen den K.-V. Klage zu erheben und zu verlangen, dass dieser verurteilt werde, den durch sein Verschulden erwachsenen Schaden der Masse zu ersetzen. Es ist nicht ihre Sache, sondern diejenige des K.-V., derartige Ansprüche geltend zu machen.[2]) Aber auch der Gesamtheit der K.-Gl. kann ein solches Klagerecht nicht zugestanden werden, denn auch sie ist nicht dazu ermächtigt, die einen Bestandteil der Masse bildenden Ansprüche geltend zu machen. Aus der den Gläubigern zustehenden Befugnis, Einwendungen gegen die Schlussrechnung zu erheben, kann ein Klagerecht, das neben demjenigen des neugewählten K.-V. geltend zu machen wäre, nicht abgeleitet werden. Zudem würde, wenn man ein solches anerkennen wollte, aus der Zulassung mehrerer auf denselben Gegenstand gerichteter Klagen sehr leicht Verwirrung und für den K.-V. der Nachteil entstehen, den Schaden doppelt ersetzen zu müssen. Er wäre immer noch der Gefahr ausgesetzt, nachträglich vom Gemeinschuldner verklagt zu werden, weil das von den Gläubigern erwirkte Urteil diesem nicht entgegengehalten werden könnte.[3]) Dass die Ersatzansprüche in der Regel erst nach der Schlussrechnung ermittelt werden, ändert an der Sachlage nichts, da die Möglichkeit besteht, den

[1]) v. Sarwey S. 554; Stieglitz S. 434; v. Wilmowski S. 285; Willenbücher S. 136 Nr. 2. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 68, der annimmt, der K.-V. sei nach § 74 ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht jedermann für den ihm zugefügten Schaden verantwortlich.

[2]) R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Bolze Bd. 4 Nr. 1578, Gruchot Bd. 31 S. 1129.

[3]) Vgl. hierzu Fitting § 29 Anm. 37; Hullmann S. 297; Stieglitz S. 584; Willenbücher S. 139 und v. Wilmowski S. 408, welche vielfach voneinander und von obigen Ausführungen abweichen.

K.-V. zu entlassen und einen anderen zu ernennen, der den Anspruch gegen seinen Vorgänger geltend zu machen hat. Die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs ist übrigens nicht durch das Vorhandensein einer Schlussrechnung bedingt.[1]) Wollte man während der Dauer des Kv. eine Klage der K.-Gl. zulassen, so müsste, was sie erstreiten, ebenso zur Masse fliessen, wie dasjenige, was ein Nachfolger des K.-V. errungen hat. Sollte bei Erledigung des Prozesses das Kv. bereits aufgehoben sein, so müsste eine Nachtragsverteilung stattfinden (§ 153 Abs. 2). Was der Gemeinschuldner selbst erstreitet, fliesst nicht zur Masse, weil er den Prozess für eigene Rechnung führt und nur für sich führen kann.[2]) Sofern der K.-V. nicht den Schaden bereits der Masse ersetzen musste, können nach Beendigung des Kv. auch die einzelnen K.-Gl. Ersatz dessen verlangen, was ihnen durch das Verschulden des K.-V. entgangen ist; jedoch ist nur ein solcher K.-Gl. hierzu berechtigt, welcher im Schlusstermine gegen die Schlussrechnung Einwendungen erhoben hat.[3])

§ 75.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts.
(E. § 75; M. S. 306, 307; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 131).

1) Die Aufsicht über die Thätigkeit des K.-V. wurde dem Gerichte übertragen, weil dieses den K.-V. ernennt und die Übertragung der Aufsicht auf den Gläubigerausschuss mit der amtlichen Stellung und Aufgabe des K.-V. unvereinbar gewesen wäre. Dieser soll nicht bloss einseitig die Interessen der Gläubiger im Auge haben, wenn er auch zu deren Wahrung in erster Linie berufen ist. Die Aufsicht hat nur den Zweck, dass die Pflichtmässigkeit seiner Handlungen und Unterlassungen geprüft und er auf Gesetzwidrigkeiten aufmerksam gemacht, sowie an solchen verhindert wird. In diesem Sinne hat z. B. das Gericht die Gesetzmässigkeit der Vornahme von Verteilungen zu überwachen.[4]) Die Zweckmässigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des K.-V. unterliegt an sich nicht der Nachprüfung des Gerichtes, das nicht dessen Geschäftsführung vom Gesichtspunkte der Angemessenheit aus leiten soll (M. S. 306). Darin, dass er in schuldhafter Weise, z. B. aus reiner Nachlässigkeit oder Bequemlichkeit notwendige Anordnungen unterlässt oder unzweckmässige Verfügungen trifft, kann aber unter Umständen eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen (§ 74) zu finden sein.

Solange der K.-V. sich innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse bewegt und den Bestimmungen des Gesetzes nicht zuwiderhandelt, soll das Gericht sich nicht in seine Verwaltung einmischen. Es soll aber darauf achten, dass er den gesetzlichen Vorschriften nachkommt. Es kann ihn auf die ihm obliegenden Pflichten aufmerksam machen und ihm eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung verweisen, auch diese nötigenfalls durch Ordnungsstrafen rügen. Dagegen ist es nicht berechtigt, den K.-V. zur Vornahme bestimmter Handlungen, die er für unzweckmässig oder ungerechtfertigt hält, z. B. zur Heranziehung oder Nichtheranziehung von bestimmten Gegenständen zur Masse, (durch Ordnungsstrafen) zu zwingen. Dritte, welche sich durch ein derartiges Verhalten des K.-V. für beeinträchtigt halten, können zwar auf dem Klagewege gegen ihn vorgehen, aber sich den Prozess nicht dadurch ersparen, dass sie einen Befehl des Konkursrichters erwirken. Das Gericht hat nur die Aufsicht darüber zu führen, dass der K.-V. pflichtmässig handelt, aber nicht selbst die Verwaltung zu leiten, kann ihm daher beispielsweise nicht vorschreiben, dass er

1) v. Wilmowski S. 289 Nr. 5.
2) Endemann S. 469; Fitting und Willenbücher a. a. O. A. M. Stieglitz a. a. O.
3) Ldg. Freiburg 21. Febr. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 55.
4) Ldg. Dresden 22. Nov. 1882, Buschs Zeitschr. Bd. 8 S. 492, 493.

ein Pachtverhältnis fortsetze oder kündige, eine Anfechtungsklage erhebe oder nicht erhebe, eine Sache aussondere oder das Aussonderungsrecht bestreite, aus freier Hand verkaufe oder von einem solchen Verkauf absehe und eine gerichtliche Veräusserung betreibe.[1]) Das Aufsichtsrecht des Gerichts, das sich durch Verhängung von Ordnungsstrafen geltend macht, wird mit Recht als eine Disciplinargewalt bezeichnet. Diese Disciplinargewalt erstreckt sich aber nur auf die geschäftliche Thätigkeit des K.-V., nicht auf dessen Privatleben. Der K.-V. verwaltet zwar kraft eines ihm erteilten öffentlichen Auftrags sein Amt, ist aber deshalb doch kein Beamter. Soweit nicht dessen geschäftliche Thätigkeit durch sein Privatleben berührt wird, können deshalb Ordnungsstrafen gegen ihn mit Rücksicht auf das letztere nicht erlassen werden.[2]) Die Aufsicht hat das Gericht von Amts wegen zu führen. Es braucht also nicht auf einen Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers zu warten. Thatsächlich werden allerdings in der Regel Mitteilungen oder Anträge von Beteiligten Veranlassung zu einem Einschreiten geben.

§ 76.

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu zweihundert Mark festsetzen. Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amts wegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amtes entlassen.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören.

(E. § 76; M. S. 306, 307; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 133).

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Als Ordnungsstrafen kennt das Gesetz nur Geldstrafe. Die Erteilung eines förmlichen Verweises, welche übrigens in dem Vorhalt, dass ein bestimmtes Benehmen gesetzwidrig sei, noch nicht liegt, ist hiernach ausgeschlossen.[3]) Die Entlassung ist im Gesetze nicht als Ordnungsstrafe bezeichnet. Vielmehr gilt als solche nur die Geldstrafe. Aber die Entlassung kann auch zur Strafe wegen Pflichtverletzung verhängt werden und ist insbesondere dann zu verhängen, wenn die Ordnungsstrafen sich als unzureichend erweisen. Weder eine Ordnungsstrafe noch die Entlassung kann verhängt werden, ohne dass vorher dem K.-V. Gehör, d. h. Gelegenheit zur Verteidigung gewährt worden ist. Das „Hören" ist übrigens nicht wörtlich zu nehmen. Auch durch die Aufforderung zu einer schriftlichen Äusserung wird der Vorschrift des Abs. 3 genügt. Hat der K.-V. die ihm gebotene Gelegenheit zur Äusserung versäumt, so ist er im Sinne des Gesetzes gehört worden.

2) Sowohl gegen die Verhängung einer Geldstrafe als gegen die Entlassung steht dem K.-V. die Beschwerde zu. Ebenso sind hierzu die K.-Gl. bezw. Mitglieder des Gl.-A. berechtigt, wenn der im Gesetze vorgesehene Entlassungsantrag der Gl.-V. oder des Gl.-A. zurückgewiesen worden ist. Dagegen steht ein solches Recht nicht zu, falls ein einzelner Gläubiger die Entlassung ohne Erfolg angeregt hat (Bem. III. 2 zu § 66; Bem. I. 1 zu § 85 ff). Zum Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe ist weder der Gl.-A. noch die Gl.-V. befugt. Noch weniger steht ein solches Recht den einzelnen Gläubigern zu. Ist trotzdem ein solcher Antrag gestellt worden und unbeachtet geblieben, so findet hiernach Beschwerde

[1]) O.-L.-G. Posen 2. März 1883, Jur. Woch. 1883 S. 123; Ldg. Dresden 14. April 1883, Buschs Z. Bd. 8 S. 491 ff.; O.-L.-G. Dresden 14. Mai 1888, sächs. Ann. Bd. 10 S. 333 ff.; Ldg. Dresden 4. Dez. 1889, Wengler Arch. N. F. Bd. 11 S. 812 ff. und die Kommentare.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 69; v. Wilmowski S. 286.

[3]) v. Sarwey S. 554; v. Völderndorff Bd. 2 S. 71.

nicht statt.[1]) Die Beschwerde hat gemäss § 535 C.-P.-O., der nach § 65 hier Anwendung findet, keine aufschiebende Wirkung, da § 66 eine Ausnahme nicht vorsieht und die Ausnahmebestimmung des § 535 Abs. 1 C.-P.-O. nur in den dort vorgesehenen Fällen angewandt, nicht aber auf andere Fälle ausgedehnt werden darf.

II. Geldstrafen.

1) Wegen einer und derselben Handlung oder Unterlassung ist höchstens eine Geldstrafe von zweihundert Mark zulässig, dagegen dürfen aus verschiedenen Veranlassungen nacheinander mehrere Geldstrafen verhängt werden, welche zusammen 200 Mark übersteigen. Die wiederholte Androhung und Verhängung von Geldstrafen für den Fall, dass eine unterlassene Handlung auch fernerhin nicht vorgenommen wird, ist ausgeschlossen, da die Geldstrafe hier nicht (wie in § 774 C.-P.-O) als Zwangsmittel, sondern als wirkliche Strafe für eine begangene Ordnungswidrigkeit erscheint. Auch dann sind mehrere Strafen wegen derselben Handlung nicht gestattet, wenn deren Gesamtbetrag 200 Mark nicht übersteigt.[2]) Noch weniger ist es zulässig, dass dieser Betrag überschritten wird.[3]) Ob die gleiche oder eine neue Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist auch bei fortgesetzter Unterlassung nach den thatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen. Dass höhere Geldstrafen nicht ausgesprochen werden können, wurde in den Mot. (S. 306, 307) durch die Bemerkung gerechtfertigt: „Möchten Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine erspriessliche Thätigkeit des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen; es muss sodann dem Gläubigerausschuss oder der Gläubigerversammlung überlassen werden, einen Entlassungsantrag zu stellen.“ Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe findet nicht statt, da die Bestimmungen der §§ 28 ff. R.-St.-G.-B. sich nur auf solche Strafen beziehen, welche wegen Vergehen oder Übertretungen verhängt wurden, und eine besondere Vorschrift, wie in den Fällen der §§ 345, 355 C.-P.-O., nicht besteht. Die Sache liegt hier ebenso, wie bei den Ordnungsstrafen, welche gegen Sachverständige (§ 374 C.-P.-O.) erlassen wurden.[4])

2) Die Geldstrafe kann von Amts wegen verhängt werden. Die Gläubiger sind zwar befugt, deren Verhängung in Anregung zu bringen. Es steht ihnen aber kein Beschwerderecht zu, falls das Gericht eine Strafe nicht verhängt (Bem. I. 2). Wenn der K.-V. nach der Ansicht des Gerichts eine bestimmte Handlung vornehmen soll, wird ihn dieses in der Regel zunächst zur Vornahme unter Androhung einer Ordnungsstrafe auffordern. Jedoch muss dies nicht geschehen, sondern die Strafe kann auch wegen einer Unterlassung ohne vorausgegangene Androhung verhängt werden.

III. Entlassung.

1) Die Entlassung des K.-V. kann vor allem aus dem Grunde erfolgen, weil er die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat, und sich entweder die gegen ihn verhängten Ordnungsstrafen als ungenügend erwiesen oder so grobe Pflichtverletzungen vorliegen, dass die sofortige Entfernung aus dem Amte als notwendig erscheint. Diese ist jedoch auch dann zulässig, wenn ein Verschulden nicht vorliegt, aber der K.-V. aus irgend einem Grunde unfähig ist, seine Aufgabe zu erfüllen. In der Reichstagskommission (S. 161) bemerkte ein Regierungsvertreter in zutreffender Weise: „dass das Gericht, wenn der Verwalter geisteskrank werden oder sterben sollte, einen andern Verwalter ernennen könne und müsse, verstehe sich von selbst und brauche nicht im Gesetze ausgesprochen zu werden“. Dasselbe

[1]) Endemann, S. 422; v. Völderndorff Bd. 2 S. 74, 75.

[2]) Fitting S. 251 § 29 Nr. IV.; Meisner S. 255; v. Sarwey S. 555 Nr. 1; v. Wilmowski S. 286. A. M. Endemann S. 421; v. Völderndorff Bd. 2. S. 72; Wengler S. 443 Nr. 1.

[3]) A. M. Dernburg Bd. 2 S. 297 § 115; Willenbücher S. 137 Nr. 1.

[4]) A. M. nur Wengler S. 443 Nr. 2.

muss aber gelten, wenn die Unfähigkeit in andern Umständen (z. B. körperlicher Krankheit oder Geschäftsunkenntnis) ihren Grund hat und der K.-V. das Amt nicht freiwillig niederlegt. Aus der Zusammenstellung der Entlassung mit den Ordnungsstrafen könnte gefolgert werden, dass § 76 nur von derjenigen Entlassung handle, welche erfolgt, weil der K.-V. seine Pflichten nicht gehörig erfüllt und dass eine Entlassung, welche sich aus andern Gründen als notwendig erweist, nicht aus § 76, sondern aus den übrigen Vorschriften der K.-O. abzuleiten ist. Bei dieser Annahme, für welche die erwähnten Äusserungen des Regierungsvertreters verwertet werden können, würde auch die Bestimmung, nach welcher die Entlassung nach der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung nur auf Antrag der Gl.-V. oder des Gl.-A verhängt werden kann, sich nur auf diejenige Entlassung beziehen, welche aus obigem Grunde erfolgt. Dagegen spricht jedoch, dass das Gesetz nur in § 76 von der Entlassung handelt und hier deren formelle Voraussetzungen sowie das einzuhaltende Verfahren in allgemeiner Weise regelt, auch das Konkursgericht nicht verpflichtet ist, die Gründe, welche die Entlassung veranlassen, im Beschlusse anzugeben. Andererseits kommt in Betracht, dass der K.-V. auch bei der Entlassung wegen Unfähigkeit des ihm gewährten Schutzes bedarf und die Gl.-V. bezw. der Gl.-A. ein Interesse daran hat, die Entlassung förmlich beantragen und ihr Recht weiter verfolgen zu dürfen. Auch hier trifft der Grund des Gesetzes zu. Würde sich auf eine soche Entlassung § 76 nicht beziehen, so würde den K.-Gl. auch im Falle der Zurückweisung des von der Gl.-V. oder dem Gl.-A. gestellten Entlassungsantrages ein Beschwerderecht nicht zustehen (Bem. III. 2 zu § 66). Für die Ansicht, dass § 76 auch dann Anwendung findet, wenn die Entlassung wegen Unfähigkeit zur Erfüllung der mit dem Amte verbundenen Pflichten verhängt wird, spricht endlich noch der weitere Umstand, dass die Vorschrift der pr. K.-O. (§ 133) entnommen wurde, nach welcher der K.-V. seines Amtes entlassen werden konnte, „wenn er seinen Verpflichtungen nicht gehörig nachkommt". Endlich sprechen dafür die in der Reichstagskommission stattgehabten Verhandlungen. Hier wurde die Frage angeregt, ob nicht für die Fälle, dass der K.-V. geisteskrank werde, dass er sich Unredlichkeiten zu schulden kommen lasse und dergl. mehr, besondere Bestimmungen zu treffen seien. Von der Stellung eines besonderen Antrages wurde aber abgesehen, nachdem hervorgehoben worden war, dass in der Regel ein Gl.-A. bestellt sein werde, der die Entlassung beantragen könne, und sich in Preussen niemals ein Bedürfnis zu besondern Bestimmungen herausgestellt habe (K. S. 161). Wenn der K.-V. nicht gegen seinen Willen entlassen werden soll, sondern erklärt, sein Amt niederzulegen, ist die Anwendung des § 76 allerdings ausgeschlossen, weil es sich hier nicht um eine förmliche Entlassung (im Sinne des § 76), sondern um Annahme der Niederlegung handelt, zu welcher der Verwalter berechtigt ist (Bem. II. 2. zu §§ 70 ff). In allen übrigen Fällen, insbesondere auch dann, wenn der K.-V. wegen körperlicher oder geistiger Erkrankung seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann, aber sich weigert, sein Amt freiwillig niederzulegen, ist dagegen eine förmliche Entlassung geboten und § 76 maassgebend.[1]) Bis zur ersten, auf die Ernennung des K.-V. folgenden Gl.-V. kann das Gericht diesen von Amts wegen entlassen. Nach dieser Versammlung kann dagegen die Entlassung nur auf Antrag des Gl.-A. oder der Gl.-V. erfolgen. Diese letztere kann das Gericht von Amts wegen berufen, damit sie sich darüber ausspricht, ob sie die Entlassung beantragen will (M. S. 307). Die Gl.-V. kann auch dann den Antrag auf Entlassung beschliessen, wenn ein Gl.-A. bestellt ist, welcher seinerseits die Entlassung nicht beantragt. Ja sie kann auch in diesem Falle berufen werden, um sich über die Entlassung zu äussern. Nicht bloss die

1) Vgl. Fitting § 29 Anm. 29; v. Wilmowski S. 287; Wengler S. 444 Nr. 6; Hullmann (S. 228) und v. Sarwey (S. 555) folgern aus den Ausserungen des Regierungsvertreters, dass im Falle der Unfähigkeit durch Geisteskrankheit die Ernennung eines andern K-V. ohne Entlassung des erkrankten erfolgen könne. Auch die Entscheidung über die Frage, ob Geisteskrankheit vorliegt, muss durch förmlichen Beschluss erfolgen.

erste, sondern auch jede spätere Gl.-V. ist zu dem Antrage auf Entlassung befugt.[1]) In allen Fällen wird jedoch hierzu vorausgesetzt, dass der Gegenstand auf der nach § 90 zu veröffentlichenden Tagesordnung steht. Auch wenn die Gl.-V. einen andern K.-V. nicht gewählt hat oder die Ernennung des von ihr erwählten K.-V. versagt wurde, ist sie zum Antrage auf Entlassung befugt. Mit dem Beginne der auf die Ernennung folgenden Gl.-V. hört die Befugnis des Gerichtes, den K.-V. von Amts wegen zu ernennen, auf. Dieses kann hiernach, wenn die Gl.-V. nachmittags stattfindet, noch vormittags den bisherigen K.-V. entlassen und einen andern ernennen. Sobald die Gl.-V. begonnen hat, hört dagegen die erwähnte Befugnis auf; dass bereits über die Wahl eines anderen K.-V. verhandelt worden ist, wird hierzu nicht vorausgesetzt.[2])

2) Die Entlassung des K.-V. darf in der Regel nicht erfolgen, ohne dass er (mündlich oder schriftlich) mit seinen Erklärungen gehört worden ist (Bem. I). Nur wenn eine solche Anhörung (z. B. wegen schwerer körperlicher oder geistiger Erkrankung oder wegen Entfernung des K.-V.) unmöglich ist, kann die Entlassung ohne weiteres verfügt werden. Ist es möglich, so muss diesem Gelegenheit gegeben werden, sich zu äussern. In dringenden Fällen ist der Konkursrichter zum vorläufigen Einschreiten berechtigt. Insbesondere kann er dem unredlichen K.-V. bis zur endgültigen Entscheidung die ihm zustehenden Befugnisse entziehen. Diese Befugnis ist ihm zwar im Gesetze nicht ausdrücklich beigelegt. Sie ergiebt sich aber aus der Stellung des Gerichtes, welches für das Vorhandensein eines geeigneten K.-V. zu sorgen hat und solange sich die Gläubiger nicht äussern können, deren Interessen wahren muss.

§ 77.

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht.

(E. § 77; M. S. 307; K. S. 62; pr. K.-O. §§ 134, 199).

1) Der K.-V. hat Anspruch auf Erstattung seiner in angemessener Weise aufgewendeten baren Auslagen und auf eine Vergütung für die geleistete Arbeit. Diese Vergütung hat er auch dann zu beanspruchen, wenn er selbst Gläubiger ist, weil er auch in diesem Falle in der Hauptsache fremde Geschäfte besorgt. Der Anspruch auf Ersatz der Auslagen geht durch die nachträglich erfolgte Entlassung nicht verloren; die Masse würde sonst in ungerechtfertigter Weise bereichert werden. Dasselbe muss aber auch bezüglich der Vergütung für die Thätigkeit des K.-V. gelten und zwar selbst dann, wenn die Entlassung zur Strafe erfolgt ist. Jedoch können diejenigen Handlungen bei Bemessung der Vergütung ausser Ansatz bleiben, welche die Entlassung wegen Pflichtverletzung veranlasst haben, also nicht hätten vorgenommen werden sollen. Der Anspruch auf Ersatz „barer Auslagen" des K.-V. gehört zu den Masseschulden (§ 52 Z. 1, Bem. I. zu § 52), wird also unter allen Umständen an erster Stelle berücksichtigt. Die Vergütung muss dagegen zu den Massekosten (§ 51) gerechnet werden. Hierbei entsteht die Frage, ob der Anspruch auf Vergütung bei Unzulänglichkeit der Masse aus der Staatskasse befriedigt werden muss. § 77 sagt nicht, wer diesem Anspruch als Schuldner gegenüber stehe; dieses Verhältnis ist Gegenstand des materiellen Konkursrechtes und wird durch § 51 geregelt. Die Vergütung für die Thätigkeit des K.-V. ist zweifellos eine für die Verwaltung zu machende Ausgabe (§ 51 Z. 2). Da

[1]) Ldg. Flensburg 29. Dez. 1879, Juristenzeit. Bd. 4 S. 161.

[2]) A. M. anscheinend Fitting § 29 Nr. VI. mit Anm. 30.

sie zu den Massekosten gehört, so ist als Schuldner in Ansehung derselben der Gemeinschuldner anzusehen, zu dessen Vermögen die Masse gehört. Wird das Kv. ohne Befriedigung des K.-V. beendigt, so bleibt sein Anspruch wie jede andere unbefriedigte Masse- oder Konkursforderung bestehen und kann geltend gemacht werden, wenn nachträglich weitere Massebestandteile aufgefunden werden oder der Gemeinschuldner später neues Vermögen erwirbt. Neben diesem letzteren haften nach der K.-O. und dem G.-K.-G. subsidiär weder die Gläubiger noch der Staat, weil es in den Reichsgesetzen an jedem Rechtssatze dieses Inhaltes fehlt. Aus § 79 Z. 6 des G.-K.-G. kann eine Haftung des Staates nicht abgeleitet werden, denn ganz abgesehen davon, dass nicht jeder, der ein Amt bekleidet, als Beamter zu betrachten ist, hat § 79 G.-K.-G. nicht den Zweck, Ansprüche gegen die Staatskasse zu begründen. Er fasst nur die auf anderen Bestimmungen beruhenden Ansprüche unter den gemeinsamen Begriff der Auslagen zusammen, um diese Ansprüche den Gebührenansprüchen gegenüberzustellen, setzt also andere Gesetze voraus, durch welche die Ansprüche anerkannt werden. Diese Vorschrift kann daher nicht selbst als Grundlage für die Entstehung irgend welcher Ansprüche dienen.[1] Soweit eine Gefahr besteht, dass der K.-V. umsonst arbeiten muss, kann ihr hiernach nur durch besondere gesetzliche Vorschriften begegnet werden. Ob sich aus den Landesgesetzen ein Anspruch des K.-V. gegen die Staatskasse ableiten lässt, ist hier nicht zu prüfen.

2) Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt nicht durch den Gl.-A., sondern durch das Gericht, das an einen etwaigen Vertrag zwischen den Gläubigern und dem K.-V., durch den die unabhängige Stellung des letztern leicht gefährdet werden könnte, nicht gebunden ist (M. S. 307 u. Bem. 3). Die Vergütung für die Thätigkeit des K.-V. kann erst am Schlusse des Verfahrens festgestellt werden. Da sie als ein Bestandteil der Massekosten von der Verteilungsmasse in Abzug gebracht werden muss, ehe irgend eine Verteilung an die K.-Gl. stattfinden darf (§ 50), ist aber schon in einem früheren Zeitpunkt eine vorläufige Festsetzung (Veranschlagung) vorzunehmen. Weil am Schluss des Verfahrens die geleisteten Dienste ebensowenig wie in einem früheren Zeitpunkte die noch zu leistenden im einzelnen genau festgestellt und bewertet werden können, wurde die Festsetzung der Gebühr dem freien Ermessen des Richters überlassen, der hierbei auf den Umfang und auf die Schwierigkeit der Leistungen wie auf den Betrag der Masse Rücksicht zu nehmen hat (M. a. a. O). Der unter gewissenhafter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles vorzunehmenden Würdigung des Anspruchs auf Vergütung darf sich der Richter nicht in der Weise entschlagen, dass er ein für allemal die Gebührensätze bewilligt, welche in einem durch die K.-O. ausser Kraft gesetzten Landesgesetze vorgesehen waren.[2] Solche Gebührensätze dürfen vielmehr nur dann zu Grunde gelegt werden, wenn sie in vorliegendem Falle als angemessen erscheinen. Dagegen ist es nicht unangemessen, bei der Festsetzung Gebührensätze zu Grunde zu legen, welche für die Vermögensverwaltung durch einen gerichtlich ernannten Pfleger ausserhalb des Kv. bestimmt sind, oder in Ansehung des Ersatzes der Auslagen die Geb.-O. für Rechtsanwälte (§ 76), welche nicht unmittelbar Anwendung findet,[3] entsprechend anzuwenden.[4] Der Richter darf sich in dieser Weise einen Maasstab für die Festsetzung verschaffen, wenn er sich nur der Beurteilung des einzelnen Falles nicht entzieht.

Die Vergütung bezieht sich nur auf diejenige Thätigkeit des K.-V., welche er in dem Kv. als solchem zu entwickeln hat. Dagegen bleiben diejenigen Gebühren ausser Betracht, welche er für die Vertretung des Gemeinschuldners in den die Masse betreffenden Prozessen nach der Geb.-O. für die Rechtsanwälte oder für seine Thätigkeit bei der gem. § 116 K.-O.

[1]) v. Wilmowski S. 238 Nr. 2.; A. M. Eccius in Gruchot Bd. 33 S. 744, Bd. 34 S. 152.
[2]) A. M. Ldg. Zwickau in Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 316.
[3]) O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 II. S. 65.
[4]) So auch v. Sarwey S. 556.

betriebenen Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen zu beanspruchen hat. [1]) Diese Gebühren, welche nicht für die Thätigkeit im Kv. gewährt werden, sind vom Konkursrichter weder festzusetzen noch bei Bemessung der Vergütung zu berücksichtigen. [2]) Die Erhebung und Ablieferung von Geldern oder Wertpapieren, welche auf Grund eines die Masse betreffenden Prozesses erfolgt (§ 87 Geb.-O. f. Rechtsanw.), gehört zu der Thätigkeit, welche dem K.-V. als solchem obliegt. Für diese Thätigkeit darf er daher eine besondere Gebühr der Masse nicht berechnen. [3]) Dagegen wird er diese Gebühr dem in die Kosten verurteilten Gegner berechnen dürfen.

Das Verfahren bei der Festsetzung wird, soweit es sich um die Erstattung barer Auslagen handelt, ein anderes sein als bei Bemessung der Vergütung für die Arbeitsleistung. Die Festsetzung der Auslagen ist immer durch die Vorlage einer Übersicht über die Ausgaben (Liquidation) bedingt, weil das Gericht an sich keine Kenntnis davon hat, welche Beträge der K.-V. auszulegen hatte. Liegt eine solche Übersicht vor, so braucht dieser nicht nochmals besonders gehört zu werden. Die Festsetzung der Vergütung kann dagegen auf Grund der Akten erfolgen. Ob in dieser Beziehung die K.-Gl. und der K.-V. über die Höhe des zu bewilligenden Betrages gehört werden sollen, ist in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Soweit es sich um die Auslagen handelt, ist es zweckmässig, sie nicht erst am Schlusse des Verfahrens, sondern je nach der Veranlassung hierzu sofort festzusetzen, weil sie als Massekosten sofort von der Teilungsmasse abzuziehen sind und bei sofortiger Festsetzung leichter eine Übersicht über die Höhe der Massekosten gewonnen wird.

3) Eine Vereinbarung zwischen dem K.-V. und den K.-Gl. oder zwischen dem erstern und dem Gemeinschuldner bindet das Gericht nicht (Bem. 1). Dieses hat vielmehr von Amts wegen darauf zu achten, dass der K.-V. nicht mehr aus der Masse entnimmt bezw. behält, als ihm zugebilligt worden ist. Der Gemeinschuldner kann nicht über die Masse zum Nachteil der K.-Gl. verfügen. Diese letztern dürfen aber auch nicht durch eine weitergehende Zuwendung bewirken, dass der Gemeinschuldner in einem geringern Maasse entlastet wird, als es ausserdem der Fall wäre. Dieser Gesichtspunkt trifft insbesondere zu, wenn das Kv. durch Zwangsvergleich erledigt wird, denn hier werden die Massekosten von dem an den Gemeinschuldner zurückzugebenden Vermögen abgezogen. (§ 176). [4]) Die Festsetzung der aus der Masse zu entnehmenden Vergütung durch das Gericht steht an sich einer Klage nicht im Wege, durch welche der K.-V. den ihm vom Gemeinschuldner versprochenen Mehrbetrag von diesem nach Aufhebung des Kv. einklagt. [5]) Ein solcher Vertrag wird aber als ungültig angefochten werden können. Die Festsetzung durch das Gericht soll verhindern, dass der K.-V. sich als im Dienste des Gemeinschuldners oder der Gläubiger stehend betrachte und von diesen für seine Verwaltungsthätigkeit noch besonders bezahlen lasse. Der K.-V. soll eine unabhängige Stellung einnehmen und seine Thätigkeit als Ausübung eines öffentlichen Amtes ansehen. Es kann deshalb nicht als zulässig angesehen werden, dass er sich gegen die Festsetzung des Gerichtes unter Umgehung des Gesetzes durch besondere Verträge sichert. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass die K.-Gl. dem mit dem Gemeinschuldner getroffenen Übereinkommen beitreten.

4) Gegen die Festsetzung der Auslagen und Gebühren steht nicht bloss dem K.-V., sondern auch den K.-Gl. und dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu (§ 66). Die K.-Gl. sind an der Festsetzung unmittelbar beteiligt, weil durch diese die Höhe der Befriedigungsmasse beeinflusst wird. Das gleiche gilt aber auch vom Gemeinschuldner, der

1) Old. Z. 1890 S. 212 ff., bes. 214—216.

2) Ldg. Zwickau 4. Dez. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 8 S. 493.

3) Ldg. Zwickau a. a. O.

4) Ldg. Bremen 7. Mai, O.-L.-G. Hamburg 31. Mai 1884, Buschs Z. Bd. 10 S. 392 ff.

5) O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 II. S. 65 ff., bes. S. 68—70.

in demselben Umfang belastet bleibt, in welchem die K.-Gl. nicht befriedigt werden, also ein Interesse daran hat, dass diese einen möglichst hohen Betrag aus der Masse erhalten.[1])

§ 78.

Der Verwalter hat bei der Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Schlussrechnung zu legen. Die Rechnung muss mit den Belegen und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben. Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt.

(E. § 78; M. S. 308; K. S. 62, 63; pr. K.-O. § 279).

1) Die Vorschriften über die Schlussrechnung kommen sowohl bei der Beendigung des Verfahrens als bei einem Wechsel in der Person des K.-V. zur Anwendung. Sie gewähren den am Kv. beteiligten Personen[2]), nämlich dem Gemeinschuldner, dem Nachfolger des K.-V. und den einzelnen K.-Gl. ein Recht zur Prüfung und Beanstandung der Schlussrechnung, dessen Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die K.-Gl. ist die Befugnis zur Erhebung von Einwendungen gegen die Schlussrechnung ein vorzügliches Mittel, sich von der sorgfältigen Führung der Verwaltung und der pflichtmässigen Beaufsichtigung des K.-V. durch den Gläubigerausschuss zu überzeugen. Damit diese Befugnis einem Gläubiger zusteht, wird vorausgesetzt, dass er zur Zeit der Schlussrechnung noch am Verfahren beteiligt ist und ein Interesse an der Sache hat. Ist ein K.-Gl., z. B. ein Absonderungsberechtigter, vollständig befriedigt, so ist er zur Teilnahme an der Rechnungsabnahme und zur Erhebung von Einwendungen nicht berufen (M. S. 308). Durch den Abschluss eines Zwangsvergleichs wird dagegen die dargelegte Befugnis nicht berührt. In diesem Falle erhält zwar der Gemeinschuldner das die Masse bildende Vermögen zur freien Verwaltung zurück. Für die K.-Gl. ist es aber nicht gleichgültig, welchen Umfang dieses Vermögen hat, weil dadurch die Fähigkeit des Gemeinschuldners zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen bedingt wird (M. a. a. O).[3]) Nach § 175 soll zwar das Gericht die Aufhebung des Kv. beschliessen, „sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist". Allein das Wort „sobald" darf schon mit Rücksicht auf § 176 nicht wörtlich genommen werden, weil der K.-V. erst nach der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses dieser Vorschrift nachkommen und erst, wenn die Masseansprüche und bevorrechtigten Konkursforderungen befriedigt bezw. sichergestellt sind, dem Gemeinschuldner die Masse zur freien Verfügung herausgeben darf (§ 177). Diese Herausgabe setzt hiernach eine Abrechnung voraus, an welcher ausser dem Gemeinschuldner auch die einzelnen K.-Gl. ein Interesse haben. Würde das Kv. aufgehoben, ohne dass vorher eine Abrechnung stattgefunden hat, so würde der Gemeinschuldner keine Bürgschaft dafür haben, dass auch ihm gegenüber der Zwangsvergleich seinem ganzen Umfange

[1]) Pütter in Gruchot Bd. 27 S. 324 ff.; Endemann S. 427; Fitting § 29 Anm. 19 und die Kommentare.

[2]) Vgl. Pütter a. a. O. S. 326 ff.

[3]) Miltner in Bl. für R.-A. Bd. 52 S. 369 ff.; O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 II. S. 69 a. E. und die Kommentare. A. M. Weinhagen in der Justizzeit. Bd. 16. S 183 ff.

nach erfüllt wird, und doch nach § 176 den Aufhebungsbeschluss nicht mehr anfechten können. Das Gericht darf sich auch nicht, wie neuerdings vorgeschlagen worden ist, damit begnügen, dem K.-V. aufzugeben, dass er die Schlussrechnung nebst Belegen in der Gerichtsschreiberei auflege und diese Auflegung gleichzeitig mit der Aufhebung des Kv. unter Ansetzung einer Ausschlussfrist für die Erhebung von Einwendungen öffentlich bekannt zu machen.[1]) Die K.-O. kennt nur die Rechnungslegung und Erhebung von Einwendungen in der Gl.-V., nicht ein Verfahren, bei welchem die Beteiligten unter Festsetzung einer Ausschlussfrist aufgefordert werden, von der Rechnung Einsicht zu nehmen und ihre Einwendungen ausserhalb einer Versammlung vorzubringen. Bei einem solchen Verfahren würde einerseits den K.-Gl. die Möglichkeit genommen, sich mit dem K.-V. in einer mündlichen Verhandlung über die Schlussrechnung auseinanderzusetzen und sich dabei gegenseitig zu unterstützen, andererseits dem K.-V., der dann jedem Gläubiger über die einzelnen Rechnungsposten besondere Auskunft geben müsste, eine Last aufgebürdet, für welche es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Gegen die Ansicht, dass im Falle eines Zwangsvergleichs vom K.-V. gleichfalls in einem Schlusstermine Rechnung zu legen sei, kann auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, dass dieser Termin dann auf die Rechnungslegung als einzigen Verhandlungsgegenstand beschränkt sei, denn dieser Umstand, der sich aus der Natur der Sache ergiebt, hat nichts Befremdendes. Zudem braucht auch eine Beschlussfassung über nicht verwertbare Sachen (§ 150) nicht in jedem Schlusstermine vorzukommen und ist die Verhandlung über die Schlussrechnung mindestens ebenso wichtig als diejenige über das Schlussverzeichnis.[2]) Ist der K.-V. in dem durch Zwangsvergleich erledigten Kv. zur Rechnungslegung nicht angehalten worden, so kann ihn der Gemeinschuldner, dessen Vermögen er verwaltet hat, nachträglich hierzu anhalten.[3]) Dieser ist zur Prüfung und Beanstandung der Schlussrechnung auch dann befugt, wenn die Rechnungsstellung durch den Wegfall des K.-V. veranlasst wurde. Dessen Zuziehung liegt auch im Interesse des neuen K.-V., der durch seine Anerkennung der Schlussrechnung eine unanfechtbare Grundlage für seine spätere Rechnungslegung erhält. Die Befugnis des neuen K.-V. zur Beanstandung ergiebt sich aus dessen Stellung und aus der Aufgabe, das zur Masse gehörige Vermögen zu verwalten (§ 5), von selbst.

2) Die Einwendungen gegen die Schlussrechnung müssen im Schlusstermine mündlich vorgebracht werden; schriftlich eingebrachte Einwendungen sind, sofern sie sich nicht ein Beteiligter im Termine aneignet, nicht zu beachten. Die Einwendungen müssen sich auf bestimmte Ansätze der Rechnung beziehen und so deutlich gefasst sein, dass der K.-V. sich dagegen verteidigen kann. Entstehen Streitigkeiten über die Richtigkeit der Rechnung, so kann das Konkursgericht eine gütliche Beilegung versuchen. Die Entscheidung ist aber im Wege des ordentlichen Prozesses herbeizuführen (Bem. 2 zu § 74 S. 321).[4]) In der Unterlassung von Einwendungen ist eine Anerkennung der Schlussrechnung zu finden; deren Wirkungen erstrecken sich aber nur auf den rechnunglegenden Verwalter, dem gegenüber die anerkennenden Personen die Richtigkeit der Rechnung nicht mehr mit Erfolg bestreiten können. Die in der Rechnung etwa erwähnten Ansprüche Dritter werden dadurch, dass die Schlussrechnung nicht beanstandet wird, nicht anerkannt.[5]) Wer die Schlussrechnung anerkannt hat, verliert dadurch sowohl seine Entschädigungsansprüche gegen den K.-V. als das Recht der Beschwerde gegen die Verfügungen, auf deren Vollzug die Schlussrechnung beruht. Hat der Gemeinschuldner gegen die vom Konkursgerichte festgesetzte, in der Rech-

[1]) So Miltner a. a. O. S. 376, der aber für einen Ausnahmefall die Notwendigkeit eines förmlichen Schlusstermins zugiebt.

[2]) A. M. Miltner a. a. O. S. 373, 375.

[3]) O.-L.-G. Köln 17. Nov. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 II. S. 56.

[4]) Endemann S. 469; Fuchs S. 137; O.-L.-G. Karlsruhe 3. Okt. 1889, bad. Ann. Bd. 56 S. 113 ff. und die Kommentare.

[5]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 83, 84; Willenbücher S. 139 Nr. 3; v. Wilmowski S. 289 Nr. 5.

nung zu Grunde gelegte, Vergütung des K.-V. Einwendungen nicht erhoben, so kann er hiernach nicht nachträglich gegen die gerichtliche Festsetzung Beschwerde erheben und geltend machen, die Vergütung sei zu hoch gegriffen. Die letztere gehört auch in die Schlussrechnung, denn in diese sind alle bereits bestrittenen oder noch zu bestreitenden Ausgaben, insbesondere die Massekosten aufzunehmen, von welchen die Auslagen und die Vergütung einen Bestandteil bilden.[1]) Mit der Einwendung, er habe die letztere nur insoweit anerkannt, als sie aus der Masse Deckung finde, kann der Gemeinschuldner nicht gehört werden, denn diese Masse bildet einen Bestandteil seines Vermögens, und die Festsetzung der Vergütung berührt ihn unter allen Umständen, weil er mit allen Verbindlichkeiten belastet bleibt, für welche im Kv. Befriedigung nicht erlangt wird. Gerade deshalb, weil die Vergütung, selbst wenn sie aus der Masse gedeckt wird, die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners — wenigstens mittelbar — beeinflusst, steht diesem auch gegen deren Festsetzung Beschwerde zu. Die Anerkennung der Rechnung hat auch nicht bloss die Bedeutung, dass die Übereinstimmung der einzelnen Ansätze mit den Thatsachen, also hier die Übereinstimmung der in Ansatz gebrachten Vergütung mit dem vom Gerichte festgesetzten Betrag zugegeben wird. Vielmehr ist in der Anerkennung der Schlussrechnung eine Entlastung des K.-V. in Ansehung der von ihm geführten Verwaltung zu finden. Der Beweis eines Irrtums oder eines Betrugs wird übrigens durch die Anerkennung der Rechnung nicht ausgeschlossen.[2]) Eine Prüfung der Schlussrechnung durch das Gericht findet nicht statt. Wenn die zu Einwendungen berechtigten Personen die Rechnung anerkennen, kann also durch eine vom Konkursrichter erhobene Einwendung die Entlastung nicht ausgeschlossen werden. Auf Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis bezieht sich § 78 nicht (§ 150 Abs. 1).

3) Der rechnungspflichtige K.-V. kann im Falle der Verweigerung oder Verzögerung der Rechnungslegung zur Erfüllung seiner Pflicht unter Bestimmung eines neuen Termines durch Ordnungsstrafe (§ 76) angehalten werden. Die Beteiligten können aber auch vor dem ordentlichen Gerichte eine Klage auf Rechnungslegung erheben.[3]) Insbesondere ist hierzu der neue K.-V. befugt. Die Vollstreckung des zur Rechnungslegung verurteilenden Erkenntnisses wird in der Regel nicht gemäss § 773 C.-P.-O. erfolgen können, da die Rechnungsstellung durch einen Dritten nicht in derselben Weise erfolgen kann wie seitens des K.-V.[4]) Auch abgesehen von den Fällen, in welchen die Akten nicht mehr vorhanden oder nicht vollständig sind oder der K.-V. die Herausgabe der Akten verweigert und hierzu nicht durch eine besondere Klage gezwungen werden kann, haben die Beteiligten ein Recht darauf, dem K.-V. selbst gegenüber zu stehen und von ihm Auskunft zu erhalten. Hiernach muss § 774 C.-P.-O. zur Anwendung kommen. Ein mittelbarer Zwang ist schon dadurch gegeben, dass der K.-V., wenn er nicht vollständig Rechnung legt, Entschädigungsprozessen ausgesetzt ist. Wenn dieser gestorben oder aus andern Gründen (z. B. zufolge einer Geisteskrankheit) verhindert ist, eine Schlussrechnung zu stellen, so können seine Erben bezw. sein Vormund, welche ein Interesse an der Entlastung haben, die Rechnungsstellung übernehmen.[5]) Diese Personen können jedoch zur Rechnungsstellung nicht gezwungen werden, da eine gesetzliche Verpflichtung hierzu bei ihnen nicht besteht, insbesondere die Rechnungspflicht des K.-V., welche sich aus dessen Amt ergiebt, nicht auf seine Erben übergeht.[6]) Kann vonseite des K.-V. bezw. seiner Erben u. s. w. eine Schlussrechnung

[1]) A. M. O.-L.-G. Köln 10. April 1886, rhein. Arch. Bd. 76 I. S. 87.

[2]) Willenbücher S. 139 Nr. 4; v. Wilmowski S. 290 Nr. 5.

[3]) Willenbücher S. 138 Nr. 2.

[4]) Petersen, C.-P.-O. Bem. II. 2 zu §§ 773 ff. S. 1075; Struckmann und Koch S. 856; v. Wilmowski und Levy S. 1000; R.-G. (I.) 1. Nov. 1882, Entsch. Bd. 8. S. 336.

[5]) Fitting § 29 Anm. 34 und die Kommentare.

[6]) Endemann S. 468; Fitting § 29 Anm. 34; v. Sarwey S. 556; v. Völderndorff Bd. 2 S. 78. A. M.: Willenbücher S. 138 Nr. 2 und v. Wilmowski S. 288 Nr. 2, welche eine gesetzliche Verpflichtung der Erben und des gesetzlichen Vertreters behaupten.

nicht erlangt werden, so ist es die Sache des neuen Verwalters, die Einnahmen und Ausgaben zusammenzustellen, um dadurch eine Grundlage für die neue Verwaltung zu gewinnen. In diesem Falle wird der frühere K.-V. durch eine Anerkennung der Rechnung gleichfalls entlastet; diese Anerkennung kann aber, wenn die Rechnung unvollständig ist, bis zu besserer Aufklärung verweigert werden.

4) Bezüglich der Form der Rechnungsstellung ist nur vorgeschrieben, dass der Rechnung die Belege und die Bemerkungen des Gl.-A. beizufügen sind und dass sie mit diesen Belegen und Bemerkungen drei Tage vor dem Termin auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Daraus ergiebt sich auch die Notwendigkeit einer schriftlichen Rechnungslegung. Sollte der K.-V. der Vorschrift nicht nachkommen, so brauchen sich die Beteiligten auf eine bloss mündliche Rechnungslegung nicht einzulassen. Wird gegen diese von keiner Seite Widerspruch erhoben, so kann auch über die mündlich gestellte Rechnung verhandelt und dem K.-V. daraufhin in wirksamer Weise Entlastung erteilt werden.[1]) Im übrigen ist es diesem überlassen, in welcher Weise er Rechnung stellen will. Man kann nicht für jede kleine Ausgabe, z. B. für Postporto, einen besonderen Beleg verlangen. Derartige Ausgaben wird der K.-V. am besten als bare Auslagen behandeln und deren Betrag gemäss § 77 vom Gerichte festsetzen lassen, das in dieser Beziehung eine freie Stellung einnimmt und besondere Belege nicht zu fordern braucht. In diesem Falle ist der Festsetzungsbeschluss der Rechnung als Beleg beizufügen. Auch die Anlegung einer Liste, in welcher kleinere Ausgaben sofort eingetragen und vom Empfänger bestätigt werden, ist zu empfehlen.[2])

5) Hinsichtlich der Zeit, welche dem K.-V. zur Rechnungsstellung gewährt werden muss, schreibt § 150 zwar vor, der Schlusstermin sei nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen. Wenn dieser Zeitraum für die Aufstellung der Rechnung und deren Prüfung durch den Gl.-A. nicht ausreicht, kann der Schlusstermin aber auch weiter hinausgesetzt werden.[3]) Der Gl.-A. muss die Rechnung so zeitig erhalten, dass seine Bemerkungen mindestens drei Tage vor dem Schlusstermine auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden können. Um eine Vereitelung des Schlusstermins zu verhüten, wird das Gericht sich vor Anberaumung des Termins mit dem K.-V. und dieser mit dem Vorsitzenden des Gl.-A. verständigen.

6) Die der Schlussrechnung beizufügenden Bemerkungen des Gläubigerausschusses müssen von diesem Ausschuss selbst ausgehen. Die Bemerkungen der einzelnen Mitglieder desselben genügen nicht. Vielmehr muss der Ausschuss bezüglich der Schlussrechnung und der von ihm beizufügenden Bemerkungen Beschluss fassen. Zur Beratung kann der K.-V. beigezogen werden, um Auskunft über die einzelnen Rechnungsposten zu geben. Beschliesst der Gl.-A., Bemerkungen zur Schlussrechnung nicht abzugeben, so folgt daraus, dass die Rechnung von ihm nicht beanstandet wird. Dies hindert aber die einzelnen Mitglieder des Ausschusses nicht, im Termine ihrerseits als K.-Gl. Einwendungen zu erheben.[4]) Die Bemerkungen des Gl.-A. haben überhaupt nicht die Bedeutung von Einwendungen gegen die Rechnung im Sinne des § 78. Ungeachtet der darin enthaltenen Beanstandungen gilt die Rechnung als genehmigt, wenn im Termine selbst Einwendungen nicht (mündlich) erhoben werden (Bem. 1).

§ 79.

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder der Vertreter von Gläubigern einen Gläubigerausschuss bestellen.

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 79 Anm. 3.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 80.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 81 lit. c.

[4]) v. Völderndorff a. a. O.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschliessen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Zu Mitgliedern können Gläubiger oder andere Personen gewählt werden.

§ 80.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Dieselben können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen.

Der Gläubigerausschuss ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens einmal in jedem Monate durch ein Mitglied vornehmen zu lassen.

§ 81.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

§ 82.

Ein Beschluss des Gläubigerausschusses ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen hat und der Beschluss mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst ist.

§ 83.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. In Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung erfolgt die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung durch das Konkursgericht.

§ 84.

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte, die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubiger-

ausschusses durch Beschluss der Gläubigerversammlung widerrufen werden.

(E. §§ 79—84; M. S. 308—313; K. S. 63—68; pr. K.-O. §§ 212—219).

Ausführung d. Beschlüsse S. 340, 341.
Auslagen, Ersatz ders. S. 339.
Austrittserklärung S. 336, 337.
Befugnisse d. Ausschusses S. 337 ff.
„ „ Mitglieder S. 337, 338.
Belohnung S. 339.
Bestellung durch die Gl.-V. S. 335.
„ „ das Konkursgericht S. 335.
Ersatzmänner S. 336.
Fähigkeit z. Mitgliedschaft S. 335, 336.
Geschäftsordnung S. 340.
Gläubigerversammlung S. 335, 339, 340.
Haftung S. 338.
Handlungsfähigkeit S. 335.
Mehrheit v. Ausschüssen S. 336.
Pflichten S. 338.
Rechtliche Stellung S. 334.
Stichentscheid S. 335, 340.
Widerruf d. Vollmacht S. 334, 336.
Zahl d. Mitglieder S. 335.

I. Allgemeine Bemerkungen.

Bei Aufstellung des Entwurfs zur deutschen K.-O. wollte man an dem Grundgedanken der pr. K-.O., nach welcher bei der Verwaltung der Masse die Bevormundung durch das Gericht thunlichst ausgeschlossen sein sollte, festhalten und ihn zu besserer Durchführung bringen. Mit Rücksicht darauf wurde ein Gl.-A. vorgesehen, dem die Unterstützung und Überwachung des K.-V. obliegt. Dieser Ausschuss ist ein Vertretungsorgan der Gläubiger, das durch freie Willensbestimmung begründet und begrenzt wird und nicht auf einem öffentlichen Amts-, sondern einem Auftragsverhältnisse beruht. In einem solchen Auftragsverhältnisse stehen die Mitglieder des Gl.-A. zu den einzelnen K.-Gl., nicht zur Gl.-V. Letztere ist überhaupt kein Rechtssubjekt, kann sonach auch nicht als Auftraggeber angesehen werden. Aus dem dargelegten Auftragsverhältnisse ergiebt sich, dass die K.-Gl. in einem andern Verhältnisse zum Gl.-A. wie zum K.-V. stehen, der zwar kraft seines Amtes auch die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, aber nicht deren Beauftragter ist (Bem. III. 1 zu § 5). Eine Folge dieses Verhältnisses ist, dass jeder einzelne K.-Gl., auch wenn er sich bei der Wahl des Gl.-A. nicht beteiligt oder andere Personen gewählt hat, befugt ist, die Verantwortlichkeit der Ausschussmitglieder für begangene Fehler selbständig durch Klage geltend zu machen. Der gewählte Gl.-A. gilt nach dem Grundsatze, dass der Mehrheitswille der Minderheit aufgezwungen wird, als der Beauftragte aller K.-Gl., also auch jedes einzelnen derselben.[1]) Die Gl.-V. als solche kann eine Klage nicht erheben, weil sie nicht als Rechtssubjekt anzusehen ist, ihr sonach die Parteifähigkeit fehlt. Zu dem Gemeinschuldner steht der Gl.-A. im Verhältnisse eines Geschäftsführers ohne Auftrag.[2]) Derjenige Gl.-A., den das Gericht vor der ersten Gl.-V. ernannt hat, nimmt den einzelnen Gläubigern gegenüber die Stellung eines gesetzlichen Vertreters ein.[3]) Unter der Aufsicht des Gerichts steht der Gl.-A. weder in dem einen noch in dem andern Falle. Dieses kann auch Ordnungsstrafen gegen die Mitglieder des Ausschusses nicht verhängen, wohl aber den von ihm selbst ausgegangenen Auftrag widerrufen (Bem. II. 3).

II. Bestellung des Ausschusses. Ernennung der Mitglieder und Widerruf derselben.

(§§ 79 und 81.)

1) Der K.-O. liegt zwar die Auffassung zu Grund, dass die Bestellung eines Gl.-A. in der Regel erfolgen werde. Diese Bestellung wurde aber nicht, wie in Österreich, als

[1]) Fitting § 30 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. 2 S. 86 Anm. 6.

[2]) Fitting § 30 Anm. 4 und 12.

[3]) Endemann § 68 Anm. 24; v. Wilmowski S. 290 Nr. 2. A. M. Fitting a. a. O., der auch hier Geschäftsführung ohne Auftrag annimmt.

notwendige Einrichtung vorgeschrieben, weil ein solcher Zwang nicht gerechtfertigt und praktisch kaum durchführbar sei. Dabei wurde auch erwogen, dass ein Zwang zur Annahme der Wahl, die kein öffentliches Ehrenamt verleihe, nicht wohl zulässig sei, in Ermangelung eines solchen aber nicht überall auf eine genügende Zahl von geeigneten Mitgliedern gerechnet werden dürfe (M. S. 310). Nach § 79 Abs. 2 hat die Gläubigerversammlung endgültig darüber zu entscheiden, ob ein Gl.-A. bestellt werden soll. Die Entscheidung ist in der ersten Versammlung zu treffen, sofern die Wahl als Gegenstand der Tagesordnung nach § 90 bekannt gemacht wurde. Wird in dieser Versammlung die Bestellung unterlassen, so kann sie auch in einer spätern Gl.-V. beschlossen werden. Wenn ein Ausschuss nicht bestellt wird, verzichten die Gläubiger damit auf eine besondere Vertretung. Die vom Gesetze ihrem Organe zugedachte Thätigkeit geht aber dann nicht auf das Gericht über. Sie ist vielmehr von den einzelnen Gläubigern selbst wahrzunehmen, oder fällt, sofern dadurch die Selbständigkeit des K.-V. beschränkt würde, fort (M. S. 310; §§ 121, 122).

Bis zum Zusammentritte der Gl.-V. kann das Gericht vorläufig einen Ausschuss bestellen, der dann die im Gesetz vorgesehene Thätigkeit ausübt. Diese Maassregel verliert aber ohne weiteres ihre Wirkung, wenn die erste Gl.-V. nicht beschliesst, dass ein Ausschuss bestehen solle. Das Dasein des vom Gerichte eingesetzten Gl.-A. kann nicht stillschweigend verlängert werden. Die Sache liegt hier anders als bei dem vom Gerichte ernannten K.-V., den die Gläubiger als solchen belassen, wenn sie von einer Wahl absehen (§ 72); denn der K.-V. ist ein notwendiges Verwaltungsorgan und wird immer vom Gerichte ernannt, während ein Gl.-A. nicht zu bestehen braucht und nur vorläufig vom Gerichte eingesetzt werden kann, bis die Gläubiger Gelegenheit haben, über sein Bestehen Beschluss zu fassen.[1])

2) Die Zusammensetzung des gewählten Gl.-A. hat die Gläubigerversammlung frei zu bestimmen. Sie ist weder bezüglich der Anzahl noch bezüglich der Auswahl der Mitglieder beschränkt. Da § 82 zur Gültigkeit der Beschlüsse des Ausschusses eine Mehrheit voraussetzt und jedes Mitglied eine Stimme hat, soll die Zahl der Mitglieder jedoch mindestens drei betragen.[2]) Auch sollte dieselbe immer eine ungerade sein, weil nach § 82 absolute Mehrheit erforderlich ist.[3]) Wenn die Gl.-V. einen Ausschuss von zwei oder vier Mitgliedern wählen sollte, besteht allerdings kein Mittel, sie zur Abänderung ihres Beschlusses zu nötigen. Auch kann selbst ein Ausschuss der ersteren Art immerhin Beschlüsse fassen, sofern die zwei Mitglieder einig sind. In vielen Fällen werden aber dann, da ein Stichentscheid nicht zulässig ist (Bem. IV.), wirksame Beschlüsse nicht zustande kommen. Auch Frauen sind wählbar. Die Wahl des Gemeinschuldners zum Mitgliede des Gl.-A. ist nicht unzulässig, würde aber dem Verhältnisse, das zwischen ihm und dem K.-V. besteht (§ 5), sowie demjenigen zwischen dem letztern und dem Gl.-A. (§§ 80, 121, 122) nicht entsprechen.[4]) Dass der Verwalter selbst in den Gl.-A. gewählt wird, der ihn überwachen soll, ist ausgeschlossen. Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit der Personen, welche in den Gl.-A. gewählt werden, ist nicht ausdrücklich im Gesetze vorgeschrieben. Doch muss mit Rücksicht auf die in Frage stehende Thätigkeit (vgl. bes. § 121 Z. 2) angenommen werden, dass diese Eigenschaft erforderlich ist. Der Gl.-A. selbst kann sich auch dann nicht durch Zuziehung von weitern Mitgliedern oder von durch ihn selbst bezeichneten Ersatzmännern ergänzen, wenn ihm die Gl.-V. diese Befugnis einräumt, denn das Gesetz verlangt schlechtweg Wahl durch diese Versammlung.[5]) Die von ihr gewählten Mitglieder bedürfen weder einer gerichtlichen Bestätigung, noch können sie vom

[1]) A. M. nur Hullmann S. 230.

[2]) Fitting § 30 Anm. 2; v. Sarwey S. 559; v. Völderndorff Bd. 2 S. 91 Anm. 21; Willenbücher S. 139 Nr. 3. A. M. Meves S. 101 Nr. IV.; v. Wilmowski S. 291 Nr. 3.

[3]) v. Völderndorff a. a. O. A. M. Stieglitz S. 438; v. Wilmowski a. a. O.

[4]) Stieglitz S. 439 Nr. III.; Willenbücher S. 139 Nr. 3; v. Wilmowski a. a. O.

[5]) A. M. Stieglitz S. 439 Nr. I. a. E.; v. Wilmowski a. a. O.

Gerichte entlassen werden. Auch Ersatzmänner, welche für den Fall der Nichtannahme oder der Niederlegung des Mandats vonseite der gewählten Mitglieder in den Gl.-A. eintreten, darf die Gl.-V. wählen.[1]) Im Falle der Bestellung mehrerer K.-V. (§ 71) können auch mehrere Gläubigerausschüsse bestellt werden. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gestattet, aber auch nicht untersagt und es spricht dafür der Grund des Gesetzes. Da der Gl.-A. in der Hauptsache nur den K.-V. zu überwachen und zu unterstützen hat, liegt es in der Natur der Sache, dass jedem K.-V. ein besonderer Ausschuss zur Seite gestellt werden kann.[2])

Das Gericht ist in der Wahl der Personen, welche dem Gl.-A. angehören sollen, beschränkt, da es nur Gläubiger und Vertreter von solchen berufen kann. Wer Gläubiger ist, lässt sich zur Zeit der Bildung des Gl.-A. allerdings nicht genau feststellen, da vor der ersten Gl.-V. die Forderungen noch nicht festgestellt sind. Es genügt, dass eine Person behauptet, Gläubiger zu sein, und dass kein Grund zur Annahme vorliegt, deren Forderung bestehe nicht zu Recht. Jedenfalls kann der Richter nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sich später herausstellt, eine von ihm ernannte Person sei in Wirklichkeit nicht Gläubiger gewesen. Auf die Personen, welche ihre Forderungen bereits angemeldet haben, ist das Gericht bei seiner Auswahl nicht beschränkt; es kann vielmehr auch solche Personen, deren Gläubigereigenschaft sich aus den Angaben des Gemeinschuldners und dessen Geschäftsbüchern ergiebt, oder deren Vertreter berufen.[3])

3) Den von der Gl.-V. gewählten Ausschussmitgliedern, welche als Bevollmächtigte der Gläubiger anzusehen sind, kann durch einfachen Beschluss der Versammlung ihre Vollmacht entzogen werden, ohne dass es einer besondern Begründung des Beschlusses oder einer vorherigen Anhörung der Ausschussmitglieder bedarf. In den Mot. (S. 311) wurde § 84 damit gerechtfertigt, dass es nicht zweckmässig sein würde, „die Gläubiger einem Mitgliede ihres Ausschusses gegenüber auf die Formen eines Entlassungsverfahrens zu verweisen, und dem Mitgliede den mit einer förmlichen Entlassung verbundenen Makel anzuheften.“ In gleicher Weise, wie die Gl.-V., ist das Gericht befugt, die von ihm vorgenommenen Ernennungen zu widerrufen. Jedoch dauert dieses Recht nur so lange, bis die Gl.-V. zusammengetreten ist und über die Bestellung eines Ausschusses Beschluss gefasst hat. Beschliesst diese, dass ein Gl.-A. bestehen und aus den vom Gerichte vorläufig ernannten Personen gebildet sein solle, so sind die ernannten Ausschussmitglieder von da an von der Gl.-V. bestellt und es hat nur diese, nicht das Gericht ein Recht, die Ernennung zu widerrufen.[4]) Der Widerruf kann nach § 86 Abs. 2 nur mit absoluter Stimmenmehrheit beschlossen werden, obgleich zur Wahl hiernach relative Stimmenmehrheit genügt. Der Ausschuss selbst kann natürlich die von der Gl.-V. vorgenommene Wahl nicht widerrufen. Gegen den Widerrufsbeschluss dieser Versammlung steht ein Rechtsmittel nicht zu. Aber auch der Widerruf seitens des Gerichtes kann durch Beschwerde nicht (gemäss § 66) angefochten werden. Es handelt sich bei diesem Widerruf nicht um eine in den Formen des Entlassungsverfahrens erfolgte Entscheidung, sondern um einen freien Willensakt, durch welches der erteilte Auftrag zurückgezogen wird.[5]) Da eine Verpflichtung zur Annahme der Berufung in den Gl.-A. nicht besteht, können dessen Mitglieder jederzeit ihren Austritt erklären. Durch diesen wird das ausgeschiedene Mitglied von der Verantwortlichkeit für die später gefassten Beschlüsse befreit. Ist er aber zur Unzeit erfolgt und hat sich das Ausschuss-

1) Endemann S. 429; Fitting § 30 Anm. 2 und die Kommentare.

2) Vgl. Endemann S. 428; Fitting § 30 Anm. 1 und die Kommentare.

3) Fitting § 30 Anm. 8; Meves S. 101; v. Völderndorff Bd. 2 S. 87, 88; v. Wilmowski S. 290 Nr. 2.

4) v. Sarwey S. 564; v. Völderndorff Bd. 2 S. 307; Wengler S. 459; v. Wilmowski S. 295 Nr. 1.

5) v. Sarwey S. 564; Stieglitz S. 444; Willenbücher S. 142; v. Wilmowski S. 295 Nr. 2; Fitting § 30 Anm. 9.

mitglied sofort zurückgezogen, ohne seine Ersetzung abzuwarten, so kann es für den dadurch verursachten Schaden nach den Grundsätzen über die unzeitgemässe Kündigung eines Auftragsverhältnisses haftbar gemacht werden.

III. Befugnisse und Pflichten des Gläubigerausschusses.

§§ 80, 81 und 83).

1) Die allgemeinen Befugnisse des Gl.-A. und das Maass der von ihm zu beobachtenden Sorgfalt sind in den §§ 80 und 81 angegeben. Der Ausschuss steht hiernach nicht über dem K.-V. sondern ist diesem beigeordnet, um ihn zu unterstützen und seine Thätigkeit zu überwachen. Er kann ihm weder die Vornahme bestimmter Handlungen vorschreiben, noch selbst Verwaltungshandlungen an dessen Stelle vornehmen, insbesondere nicht Rechtsgeschäfte abschliessen. Hierzu fehlt ihm die Befugnis, weil die Verwaltung der Masse lediglich dem K.-V. übertragen ist (§ 5). Auch soweit es sich um die Überwachung des letzteren handelt, ist der Gl.-A. auf diejenigen Befugnisse beschränkt, welche ihm das Gesetz ausdrücklich eingeräumt hat. Der K.-V. kann den Ausschuss zwar um sein Gutachten auch in solchen Fällen ersuchen, für welche das Gesetz dessen Thätigkeit nicht vorgesehen hat. Soweit dies nicht geschehen ist, darf sich der Ausschuss aber in die Verwaltung nicht einmischen. Die Vornahme von Handlungen, welche nach dem Gesetze dem Gl.-A. nicht zustehen, ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn sie in der Absicht geschieht, den K.-V. zu unterstützen. Eine derartige Unterstützung darf diesem nicht aufgedrängt werden. Durch die K.-O. ist übrigens dafür gesorgt, dass dem Gl.-A. in keinem Abschnitt des Verfahrens die Gelegenheit zu erspriesslicher Thätigkeit fehle. Als eine überwachende äussert sich diese in der allgemeinen Befugnis, von dem K.-V. Berichterstattung zu verlangen, und in der allgemeinen Verpflichtung, dessen Kasse alle Monate zu untersuchen (§ 80), dann bei dem Geldverkehr und bei der Rechnungslegung (§§ 78, 124), sowie in der Befugnis, die Entlassung des K.-V. zu beantragen (§ 76). Auch das Recht, die Berufung einer Gl.-V. zu fordern (§ 85) und vom K.-V. jederzeit Auskunft über alle das Kv. betreffenden Verhältnisse zu verlangen (§ 92), gehört hierher. Der Aufgabe des Gl.-A., den K.-V. zu unterstützen, ist Rechnung getragen durch die Befugnis zur Beschlussfassung über die Hinterlegung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten, über die Fortführung und Schliessung des Geschäfts (§ 118 Abs. 2), über die Unterstützung des Gemeinschuldners und seiner Familie (§ 118 Abs. 1), ferner durch die Befugnisse, welche sich auf die Aufnahme und Unterlassung des Vermögensverzeichnisses beziehen (§ 113 Abs. 2). Zu besonders wichtigen oder ungewöhnlichen Verfügungen soll der K.-V. die Genehmigung des Gl.-A. einholen (§§ 121, 122). Die Unterlassung der Einholung hat jedoch die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Handlungen nicht zur Folge. Ja selbst im Falle der Versagung der Genehmigung ist der K.-V. nicht gehindert, die Handlung dessenungeachtet vorzunehmen (Bem III 2 zu § 5 S. 38).[1]) Eine einflussreiche Stellung ist dem Ausschusse endlich im Verteilungsverfahren (§§ 138, 147) und in Ansehung der vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschläge eingeräumt.

Während in § 80 Abs. 2 die dem „Gläubigerausschuss" als solchen zustehende Berechtigung geregelt ist, sind in Abs. 1 dieses § dessen einzelnen Mitgliedern bestimmte Befugnisse beigelegt. In deren Ausübung sind die einzelnen Ausschussmitglieder an sich unbeschränkt. Sie können insbesondere von den auf das Kv. bezüglichen Büchern und Schriften des K.-V., sowie vom Geschäftsgang Einsicht nehmen, so oft sie dies für notwendig halten, um bei der Beschlussfassung über die zur Thätigkeit des Ausschusses gehörigen Fragen mit Sachkenntnis mitwirken zu können. Die Ausübung der Befugnisse ist nicht durch einen vorgängigen Beschluss des Gl.-A. bedingt. Auch kann dieser den einzelnen Mitgliedern die Kenntnisnahme vom Geschäftsgange und die Einsichtnahme der Bücher nicht untersagen. Dies ergiebt sich daraus, dass das Gesetz die Befugnisse der

[1]) R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, Jur. Woch. S. 99.

einzelnen Mitglieder von denen des Ausschusses selbst genau unterscheidet.[1]) Auch bezüglich der Untersuchung der Kasse liegt die Sache im allgemeinen nicht anders als hinsichtlich der übrigen Überwachungshandlungen. Während Abs. 1 den einzelnen Ausschussmitgliedern die Befugnis einräumt, den Bestand der Kasse zu untersuchen, so oft sie dies für notwendig halten, legt Abs. 2 dem Ausschusse die Verpflichtung auf, dafür zu sorgen, dass die Untersuchung mindestens einmal im Monat durch ein bestimmtes Mitglied vorgenommen wird. Hat er beschlossen, dass die Kassenprüfung durch ein bestimmtes Mitglied und nur in bestimmten Zwischenräumen vorgenommen wird, so ist es allerdings nicht angemessen, dass ein anderes Mitglied ohne besondere Veranlassung eine weitere Untersuchung des Kassenbestandes vornimmt. Aber verboten kann den Ausschussmitgliedern die Ausübung der ihnen gesetzlich eingeräumten Befugnisse nicht werden.[2]) Nach § 120 Abs. 2 hat die Gl.-V. zu bestimmen, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der K.-V. ihr oder dem Gl.-A. über die „Verwaltung und Verwertung der Masse“ Bericht erstatten und Rechnung legen soll. Von dieser regelmässig wiederkehrenden Berichterstattung kann der Gl.-A. den K.-V. nicht entbinden. Durch die erwähnte Vorschrift wird aber die im § 80 vorgesehene Befugnis des Gl.-A. nicht berührt, vom K.-V. jederzeit einen besondern Bericht „über die Lage der Sache und die Geschäftsführung“ zu verlangen, dessen der Ausschuss auch behufs der Beschlussfassung über bestimmte Einzelfragen, z. B. über die in den §§ 121, 122 vorgesehene Genehmigung oder über den Antrag auf Entlassung des Verwalters bedürfen kann. Der K.-V. kann sich hiernach der vom Gl.-A. verlangten Berichterstattung nicht durch Berufung auf den Beschluss der Gl.-V. entziehen.[3]) Die in § 80 Abs. 2 vorgesehene regelmässige Untersuchung der Kasse wird sich auf die Vergleichung des Kassenbestandes mit dem aus dem Kassenbuch und den Belegen sich ergebenden Sollbestand sowie auf die Beobachtung des § 118 Abs. 2 und § 120 beschränken. Aus § 80 ergiebt sich, dass der K.-V. verpflichtet ist, die Gelder der Masse in einer besondern, von der seinigen getrennten, Kasse aufzubewahren, weil sonst eine Untersuchung des Kassenbestandes nicht möglich wäre. Sollte er sich weigern, dem Gl.-A. die Kasse oder seine Bücher und Schriften vorzuzeigen, oder diesem in anderer Weise die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich machen, so wäre auf Grund des § 76 gegen ihn vorzugehen.

2) Hinsichtlich des § 81 vgl. Bem. zu § 74, der dieselbe Bestimmung in Beziehung auf den K.-V. enthält. In welcher Weise die Mitglieder des Gl.-A. im Falle eines Versehens haften, ist in der K.-O. nicht bestimmt, also nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Im allgemeinen muss angenommen werden, dass die verantwortlichen Mitglieder samtverbindlich haften.[4]) Steht eine Unterlassung in Frage, so können diejenigen Ausschussmitglieder nicht haftbar gemacht werden, welchen ein persönliches Verschulden nicht zur Last fällt, weil sie durch Krankheit, Abwesenheit u. s. w. entschuldigt sind.[5]) Aber auch im Falle eines Beschlusses werden solche Mitglieder nicht verantwortlich gemacht werden können, welche gegen den in Frage stehenden Beschluss gestimmt haben.[6]) Soweit eine Haftbarkeit der Ausschussmitglieder begründet ist, kann sie nicht bloss von den Gläubigern, sondern auch vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden, denn das in § 81 vorgesehene Maass der zu beobachtenden Sorgfalt ist allen Beteiligten gegenüber das gleiche. Auch

1) Dernburg Bd. 2 § 115 Anm. 32; Endemann S. 431, 432; Fitting § 30 Nr. III. und Anm. 15; v. Wilmowski S. 292. A. M.: Stieglitz S. 440; v. Völderndorff Bd. 2 S. 94; Wengler S. 452, 453; Willenbücher S. 140.

2) Vgl. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller.

3) Endemann S. 433; Fitting S. 260; Wengler S. 453; v. Wilmowski S. 292. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 97.

4) R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, Gruchot, Bd. 32 S. 1159 ff.

5) v. Völderndorff Bd. 2 S. 98; Willenbücher S. 140 Nr. 3.

6) v. Wilmowski S. 293. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 99 und Willenbücher a. a. O.

dem Gemeinschuldner gegenüber stehen die Mitglieder des Gl.-A. in einem besondern Rechtsverhältnisse, welches durch ihre auf die Verwaltung von dessen Vermögen bezügliche Aufgabe begründet wird. Sie sind deshalb auch ihm gegenüber verpflichtet, den übernommenen Obliegenheiten nachzukommen.[1]) Jedenfalls ist die Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinschuldner dann begründet, wenn die Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtes bezüglich der Haftbarkeit für ausserkontraktliches Verschulden vorliegen.[2]) Während des Kv. kann diese Haftbarkeit übrigens nicht vom Gemeinschuldner selbst, sondern nur vom K.-V. geltend gemacht werden, der allein berechtigt ist, wegen der zur Masse gehörigen Forderungen Klage zu erheben.[3]) Einen derartigen Prozess kann der K.-V. auch dann einleiten, wenn ihm der Gl.-A. die in § 121 Z. 2 vorgesehene Genehmigung versagt (Bem. III. 2 zu § 5 S. 38). Ein einzelner K.-Gl. kann während des Kv. nur insoweit eine Klage auf Schadenersatz gegen die Ausschussmitglieder erheben, als ihm persönlich durch Verletzung seiner besondern Interessen ein Schaden erwachsen ist; die den übrigen Gläubigern zustehenden Ansprüche geltend zu machen, ist er nicht befugt.[4]) Dagegen können die sämtlichen Gläubiger als Streitgenossen eine Klage auf Schadenersatz erheben, welche, wenn der Ausschuss von der Gl.-V. gewählt wurde, auf das bestehende Auftragsverhältnis, andernfalls darauf gestützt wird, dass auch der vom Gerichte bestellte Ausschuss die Gläubiger vertritt. Soweit es sich um eine Verminderung der Masse handelt, können die K.-Gl. die Verfolgung des Schadenersatzanspruches auch dem K.-V. überlassen.[5])

3) Den Mitgliedern des Gl.-A. ist nicht bloss ein Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen, sondern, abweichend von den meisten Gesetzgebungen, auch ein solcher auf Belohnung ihrer Geschäftsthätigkeit zuerkannt worden, weil die Mitgliedschaft im Ausschusse, dessen Bestellung zudem auf dem freien Willen der Gläubiger beruht, nicht als Ehrenamt aufgefasst und nur auf diese Weise eine eifrige Geschäftsthätigkeit sowie entsprechende Sorgfalt verlangt werden kann. Die Festsetzung der Höhe der Vergütung und der Auslagen ist der freien Vereinbarung der Beteiligten überlassen; erst wenn eine Einigung des Ausschussmitgliedes mit einer Gl.-V. nicht zu erreichen ist, tritt die Entscheidung durch das Konkursgericht ein. In der Reichstagskommission wurden zwar verschiedene Abänderungsanträge gestellt, nach welchen den Ausschussmitgliedern eine Vergütung nur im Falle ausdrücklicher Vereinbarung zustehen und ausserdem die Herabsetzung der bedungenen Vergütung durch das Gericht gestattet sein oder die Vergütung lediglich durch das Konkursgericht festgesetzt werden sollte. Es blieb aber bei der Fassung des Entwurfes. Nach dieser haben die Ausschussmitglieder auf eine Vergütung in allen Fällen Anspruch, sofern sie nicht ausdrücklich darauf verzichtet haben. Ist eine Einigung mit der Gl.-V. über die Höhe der Vergütung zustande gekommen, so hat es hierbei in der Regel sein Bewenden, da dem Gerichte ein Ermässigungsrecht nicht zusteht, folglich auch Beschwerde unzulässig ist.[6]) Insbesondere kann der Gemeinschuldner durch seinen Widerspruch die Einigung nicht hindern.[7]) Den überstimmten Gläubigern und dem K.-V. steht aber nach § 91 das Recht zu, in der Gl.-V. selbst zu beantragen, dass die Ausführung des Beschlusses untersagt werde (Bem. IV. zu §§ 85 ff.). Insofern kann also das Gericht in die Lage kommen, der Einigung ihre Wirkung zu entziehen. Die Einigung besteht jedoch nicht in einer Vereinbarung zwischen jedem einzelnen Mitgliede des Ausschusses und den Teilnehmern der Gl.-V., sondern soll nach dem Wortlaut des § 83 zwischen der Gl.-V. und dem Gl.-A. stattfinden. Sie muss hiernach durch zwei

[1]) A. M. v. Sarwey S. 560; Stieglitz S. 441 Anm. a; v. Völderndorff Bd. 2 S. 99; Willenbücher S. 140; v. Wilmowski S. 293.

[2]) v. Sarwey, Stieglitz, v. Völderndorff und Willenbücher a. a. O.

[3]) R.-G. (I.) 28. Jan. 1888, Entsch. Bd. 20 S. 108 ff.

[4]) R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Gruchot, Bd. 31 S. 1129, 1130.

[5]) Willenbücher S. 140, 141; v. Wilmowski S. 293. A. M. v. Sarwey S. 560, 561.

[6]) Kammerger. Berlin 12. Febr. 1889, Buschs Z. Bd. 14 S. 500.

[7]) Kammerger. Berlin 21. Juni 1889, Buschs Z. Bd. 14 S. 502 ff.

übereinstimmende Beschlüsse dieser beiden Organe erfolgen, indem die Gl.-V. durch Beschluss die von dem Ausschuss getroffene Festsetzung billigt. Zwei solche Beschlüsse sind formell auch dann möglich, wenn in der Gl.-V. nur solche K.-Gl. erscheinen, welche zugleich Mitglieder des Ausschusses sind. Die nicht erschienenen K.-Gl. sind an die Beschlüsse der Erschienenen gebunden (§ 89) und der Gemeinschuldner hat gegenüber der Einigung ein Widerspruchsrecht nicht.[1]) Wenn eine Einigung nicht zu erreichen ist, wird die Vergütung durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Gegen dessen Festsetzungsbeschluss steht allen Beteiligten, d. h. dem Gemeinschuldner, dem K.-V., dem betroffenen Ausschussmitgliede und den einzelnen K.-Gl. das Recht der Beschwerde zu. Wird behauptet, der Gl.-A. oder eines seiner Mitglieder habe auf Vergütung verzichtet, so ist die Frage, ob ein bindender Verzicht vorliege, nicht vom Konkursgericht, das lediglich die Höhe der Vergütung festzusetzen hat, sondern auf erhobene Klage vom Prozessgericht zu entscheiden.[2])

IV. Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses. Beschlussfassung. (§ 82).

Die K.-O. beschränkt sich darauf, die Bedingungen festzusetzen, von welchen die Gültigkeit der Beschlüsse abhängen soll, überlässt es aber im übrigen dem Gl.-A., seine Geschäftsordnung selbst zu regeln. Die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, welche auch auf schriftlichem Wege erfolgen kann, die Beurkundung, Mitteilung und Ausführung der Beschlüsse sollte der Regelung durch die Beteiligten nicht entzogen werden, welche aber die Gültigkeit eines Beschlusses nicht in Frage stellen kann. Diese Gültigkeit hängt nur davon ab, ob die beschliessenden Mitglieder die Mehrheit der für den Ausschuss bestimmten Personen bilden, und ob der Beschluss mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit gefasst worden ist (M. S. 313). Da sich nicht alle Mitglieder an der Abstimmung beteiligen müssen, braucht die Mehrheit der Abstimmenden, welche immer genügt, nicht auch die Mehrheit der Ausschussmitglieder zu sein. Nach dem Entwurfe sollte einfache Stimmenmehrheit genügen. Die Reichstagskommission beschloss aber, dass absolute Stimmenmehrheit vorhanden sein müsse. Zur Vermeidung von Zweifeln wurde ausdrücklich bestimmt, dass nur die „abgegebenen“ Stimmen bei Berechnung der Mehrheit in Betracht kommen (K. S. 63). Für den Fall, dass Stimmengleichheit besteht, wurde absichtlich eine Bestimmung nicht getroffen, da man weder dem Vorsitzenden die Entscheidung übertragen, noch den Konkursrichter oder den K.-V. herbeiziehen und den Ausschlag geben lassen wollte. Ist eine absolute Mehrheit nicht zu erzielen, so unterbleibt entweder der angestrebte Beschluss, oder der Ausschuss einigt sich über die Berufung einer Gl.-V. (§ 95 und Bem. II. 2 S. 335). Diese Versammlung, welche berechtigt ist, den Ausschuss an Anweisungen zu binden, deren Überschreitung die Mitglieder den Gläubigern verantwortlich macht[3]), kann auch bei Meinungsverschiedenheiten den Ausschlag geben (M. a. a. O.). Durch die Geschäftsordnung kann das gesetzliche Erfordernis der Stimmenmehrheit nicht beseitigt werden, indem dem Vorsitzenden für den Fall der Stimmengleichheit das Recht des Stichentscheides eingeräumt wird. In einer solchen Bestimmung würde eine Abänderung des Gesetzes liegen, zu welcher weder die Gl.-V. noch der Gl.-A. befugt ist.[4]) Wenn letzterer die Anweisungen ausseracht lässt, welche ihm die Gl.-V. erteilt hat, so wird dadurch die Gültigkeit der gefassten Beschlüsse nicht beeinträchtigt.[5]) Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn der K.-V. es unterlassen hat, die nach den §§ 121 und 122 vorgeschriebene Genehmigung einzuholen (Bem. III. 2 zu § 5). Das Gericht kann die Aus-

[1]) Kammerger. Berlin 21. Juni 1889, Buschs Z. Bd. 14 S. 502 ff.

[2]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 106 Anm. 9.

[3]) Fuchs S. 90 Nr. 6, S. 93 und die Kommentare.

[4]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 103; Willenbücher S. 141 Nr. 2; v. Wilmowski S. 294.

[5]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 101.

führung eines von dem Gl.-A. gefassten Beschlusses zwar nicht in derselben Weise untersagen, wie diejenige eines Beschlusses der Gl.-V., da § 91 sich nur auf Beschlüsse der letztern bezieht. Soweit die §§ 121, 122 Anwendung finden, kann es aber nach § 123 Abs. 2 auf Antrag des Gemeinschuldners dem K.-V. die Vornahme der vom Gl.-A. genehmigten Rechtshandlung vorläufig bis zur Beschlussfassung durch die Gl.-V. untersagen. Billigt auch diese die Handlung, so kann § 91 zur Anwendung gebracht werden. Dass die Entscheidung der Gl.-V. auch dann angerufen werden kann, wenn ein Ausschussbeschluss nicht zustande kommt, ergiebt sich nicht ohne weiteres aus dem bestehenden Auftragsverhältnis. Doch kann, soweit eine Entscheidung des Gl.-A. im Gesetze als notwendig vorgesehen und nicht zu erlangen ist, die Entscheidung der Gl.-V. angerufen werden; denn diese muss als das regelmässige Organ der Gläubiger eintreten, wenn der zur Vereinfachung der Überwachungsthätigkeit eingesetzte Ausschuss seine Dienste versagt.[1]) Unter allen Umständen hat die Gl.-V. den Ausschuss durch Vermehrung der Mitgliederzahl oder andere Zusammensetzung in die Lage zu versetzen, dass er beschliessen kann (§§ 79 und 84). Hat der Gl.-A. einen Beschluss gefasst, so kann er nicht von der Gl.-V. umgestossen werden, denn diese Versammlung, deren Befugnisse im Gesetze genau geregelt sind, bildet nicht eine obere Instanz. Der gefasste Beschluss muss vielmehr vollzogen werden, soweit nicht das Gericht von § 123 Abs. 2 Gebrauch macht.[2])

§ 85.

Über die Berufung der Gläubigerversammlung beschliesst das Gericht. Die Berufung muss erfolgen, wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Teil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird.

Die Berufung muss öffentlich bekannt gemacht werden. Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird.

§ 86.

Die Gläubigerversammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefasst. Für die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.

[1]) Fitting § 30 Anm. 24; Stieglitz S. 442; v. Völderndorff Bd. 2 S. 103; v. Wilmowski S. 294. A. M. Willenbücher S. 141 Nr. 3.

[2]) Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. 2. S. 104; Wengler S. 455 Nr. 4.

§ 87.

Zur Teilnahme an den Abstimmungen berechtigen die festgestellten Konkursforderungen. In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung wird bei der Prüfung mit den Parteien erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht für dieselbe zu gewähren ist. In Ermangelung einer Einigung entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei abändern.

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt.

§ 88.

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres mutmasslichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§ 89.

Gezählt werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger. Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden.

§ 90.

Der Gegenstand, über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluss gefasst werden soll, muss bei der Berufung derselben öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 91.

Das Gericht hat die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten

Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht.

(E. §§ 85—91; M. S. 313—317; K. S. 68—70).

Abänderung d. Entsch. üb. d. Stimmrecht S. 349.
Absonderungsberechtigte S. 351.
Abstimmung S. 346, 347.
Ausführung d. Beschlüsse S. 351.
Bekanntmachung S. 344, 345.
Berufung der Gl.-V. S. 344.
Beschlussfassung S. 346 ff.
Beschwerderecht d. Gl.-V. S. 344, 352.
„ „ K.-Gl. S. 344, 352.
Bedingte Forderungen S. 351.
Bevollmächtigte S. 247, 348.
Gültigkeit d. Beschlüsse S. 346.
Leitung d. Versammlung S. 345 ff.
Nichterschienene Gl. S. 348, 351, 352.
Pfändung d. Forderung S. 350.
Rechtsnachfolge S. 350 ff.
Stimmberechtigung S. 348 ff.
Tagesordnung S. 345.
Untersagung d. Ausf. v. Beschlüssen S. 344, 351.
Verlegung d. Termins S. 344.
Vertagung S. 344, 345.
Widerspruch gegen Stimmrecht S. 349.
Wirkung d. Beschlüsse S. 351 ff.
Zustellung S. 345, 350.

I. Befugnisse der Gläubigerversammlung. — Berufung derselben.

(§§ 85 und 90).

1) Der Gl.-A. entlastet die Gesamtheit der K.-Gl. zwar im allgemeinen von der Überwachung der laufenden Verwaltung und der Beaufsichtigung des K.-V. Doch wurde der Gl.-V., welche auch den einzelnen Gläubigern zur Bestreitung von Forderungen und zu Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis oder die Schlussrechnung des K.-V. Gelegenheit giebt (§§ 78, 130, 132, 150), eine Reihe von Handlungen vorbehalten, nämlich:

a. Bestimmung der Verwaltungsorgane durch Wahl des Gl.-A. (§ 79 Abs. 2), Vorschlag eines neuen K.-V. (§ 72), Antrag auf Entlassung des bisherigen K.-V. (§ 76) und auf Enthebung von Mitgliedern des Gl.-A. (§ 84);

b. allgemeine Anordnungen und Entscheidungen und zwar: Beschlussfassung über die den Ausschussmitgliedern zu gewährende Vergütung (§ 83) und über Fortführung oder Schliessung des Geschäfts (§ 120 Abs. 1), Anordnungen über die Art der Hinterlegung von Wertgegenständen (§ 120 Abs. 1) sowie über die Berichterstattung und Rechnungslegung durch den K.-V. (§ 120 Abs. 2), Entscheidung über die dem Gemeinschuldner zu gewährende Unterstützung (§ 120 Abs. 2), Anordnungen betr. die Form der Quittungen (§ 125), Beschlussfassung über den Zwangsvergleich (§ 169), über die nicht verwertbaren Massegegenstände (§ 150) und über die Einlegung von Beschwerden gegen Beschlüsse des Konkursgerichtes (Bem. III. 4 zu § 66);

c. Beschlussfassung über einzelne Verwaltungshandlungen in Fällen der §§ 122 und 123 Abs. 2 sowie in solchen Fällen, in welchen ein Beschluss des Gl.-A. nicht zustande kommt (Bem. IV zu §§ 79 ff). Ausserhalb dieses, sich aus dem Gesetz ergebenden, Wirkungskreises darf sich die Gl.-V. nicht in die Verwaltung einmischen. Insbesondere steht ihr nicht das Recht zu, dem K.-V., der nicht ihr Organ ist (Bem. III 1 zu § 5), bindende Anweisungen zu erteilen, z. B. anzuordnen, dass er die Geschäftsbücher durch Sachverständige prüfen lasse.[1])

Die Gl.-V. vertritt als ein besonderes Organ im Kv. die Interessen sämtlicher K.-Gl., welche an die von ihr gefassten Beschlüsse gebunden sind (Bem. IV.). Dadurch wird aber nichts an dem von der K.-O. festgehaltenen Grundsatze geändert, dass die „Gläubigerschaft" als solche nicht eine selbständige Körperschaft bildet, sondern zwischen den K.-Gl. nur eine

[1]) Ldg. Dresden 29. Dez. 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 190.

thatsächliche Gemeinschaft besteht (Bem. I. 2 zu § 2). Soweit nicht die Beschlüsse der Gl.-V. für entscheidend erklärt sind, haben etwaige Vereinbarungen der zur Beratung über ihre Interessen versammelten K.-Gl. keine rechtliche Bedeutung. Auch haben die Beschlüsse einer Gl.-V. nur dann die im Gesetze bestimmten Wirkungen, wenn sie vom Gerichte in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise berufen wurde und unter dessen Leitung getagt hat. Wird die Ausführung eines von der Gl.-V. gefassten Beschlusses untersagt oder die Ernennung des gewählten K.-V. verweigert, so steht jedem K.-Gl., der bei dem Beschlusse mitgewirkt hat, das Recht der Beschwerde zu (Bem. III. 4 zu § 66). Auch die Gl.-V. als solche kann die Erhebung der Beschwerde beschliessen, und mit deren Durchführung einzelne Gläubiger beauftragen. In solchen Fällen darf die Beschwerde jedoch nicht im Namen der Gl.-V. als solche erhoben werden, welche nicht Rechtssubjekt, folglich auch nicht parteifähig ist. Vielmehr ist sie namens der einzelnen als Beschwerdeführer auftretenden K.-Gl. zu erheben, welche entweder die Beschwerdeschrift oder die Vollmacht des gemeinsamen Vertreters zu unterzeichnen haben.[1]) Den als Beschwerdeführer auftretenden K.-Gl. sind, wenn die Beschwerde erfolglos bleibt, nach § 92 Abs. 1 der C.-P.-O. die Kosten aufzuerlegen. Auch trifft sie die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtsgebühren (§§ 45, 46 und 57 G.-K.-G.). Beschliesst die Gl.-V., dass Beschwerde nicht eingelegt werden soll, so wird dadurch das Beschwerderecht der einzelnen K.-Gl. nicht berührt. Stimmt sie nachträglich der auf Grund des § 91 getroffenen Verfügung des Gerichtes zu, so haben die überstimmten Gläubiger das Recht, nun ihrerseits die Untersagung der Ausführung des Beschlusses zu beantragen und gegen einen zurückweisenden Beschluss Beschwerde zu erheben.

2) Die Gl.-V. ist, abgesehen von dem Falle der Vertagung, vom Gerichte durch öffentliche Bekanntmachung zu berufen (§ 85 Abs. 2); der Gegenstand der Verhandlung muss aus der Bekanntmachung ersichtlich sein (§ 90) und die Verhandlung selbst unter Leitung des Gerichtes stattfinden (§ 86 Abs. 1). Die öffentliche Bekanntmachung der Versammlung und ihres Zweckes soll die Beteiligten in den Stand setzen, an der Versammlung teilzunehmen und sich darauf vorzubereiten; die Leitung des Gerichtes ist mit Rücksicht auf die Erledigung von Streitigkeiten über die Berechtigung zur Teilnahme und auf die urkundliche Feststellung der Ergebnisse angeordnet. Eine Versammlung, bei welcher diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kann für ihre Verhandlung keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen. Die Berufung einer Gl.-V. ist für viele Fälle ausdrücklich vorgeschrieben (§§ 102, 150, 166); sie kann ausserdem jederzeit von Amts wegen geschehen und muss erfolgen, soweit die Gl.-V. gehört werden muss (§ 122), oder wenn darauf vom K.-V. oder vom Gl.-A. oder von einer erheblichen Anzahl von K.-Gl. angetragen wird (§ 85). Es müssen fünf K.-Gl., deren Forderungen zusammen ein Fünftel aller Konkursforderungen betragen, den Antrag stellen. Soweit die Forderungen noch nicht geprüft sind, muss sie das Gericht abschätzen und darnach feststellen, ob dem gesetzlichen Erfordernisse genügt ist. Gegen diese Abschätzung findet eine besondere Beschwerde nicht statt. Wenn die Zurückweisung des Antrages nach § 66 durch Beschwerde angefochten wird, hat das Beschwerdegericht aber zu prüfen, ob mit Recht angenommen wurde, dass die Forderungen der Beschwerdeführer nicht den fünften Teil der Schuldenmasse erreichen. Dessen Befugnis hierzu kann nicht auf Grund des § 87 Abs. 3 und § 88 Abs. 2 bestritten werden, weil es sich bei diesen §§ nicht um die Stimmberechtigung handelt und sie nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen.[2])

Wenn die Gl.-V. an dem festgesetzten Tage nicht stattfinden kann, hat das Gericht den Termin zu verlegen. Ebenso ist es dessen Sache, wenn die festgesetzte Tagesordnung nicht im Termine erledigt werden kann, einen neuen Termin zur Fortsetzung der Ver-

[1]) A. M. nur Hullmann S. 223.

[2]) v. Sarwey S. 535 Nr. 2; Willenbücher S. 142 Nr. 5. A. M. Fitting § 31 Anm. 11; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 470 Anm. 1; v. Völderndorff Bd. 2 S. 114, 115; Wengler S. 461 a. E.; v. Wilmowski S. 297 Nr. 3.

handlung anzuberaumen (§§ 206 C.-P.-O. mit § 65 K.-O.). Die Befugnisse, welche § 206 dem Gerichte einräumt, stehen im Kv. dem Konkursgerichte, nicht der Gl.-V. zu. Letztere hat aber im allgemeinen darüber zu beschliessen, ob und wie sie die Tagesordnung erledigen, d. h. sachliche Beschlüsse fassen oder einzelne Punkte unerledigt lassen will. Beschliesst sie, dass die Verhandlung ausgesetzt werden soll, so hat der Richter den Termin hierfür zu bestimmen; er kann aber auch anordnen, dass die Verhandlung am nämlichen Tage fortzusetzen sei. Beschliesst die Gl.-V., die Tagesordnung überhaupt nicht zu erledigen, so kann das Gericht, wenn es die Nichterledigung (z. B. des Prüfungstermines) für ungesetzlich hält, zur Fortsetzung der Verhandlung einen neuen Termin anberaumen, zumal es nach § 85 befugt ist, jederzeit eine neue Gl.-V. zu berufen. Dagegen kann es nicht gegen den Willen der Gl.-V. beschliessen, dass die Tagesordnung überhaupt nicht erledigt werden solle. Nur die Verlegung oder Vertagung des Termines, nicht ein Eingreifen in die materielle Erledigung, steht ihm zu. § 85 Abs. 2, der im Vertagungsfalle öffentliche Bekanntmachung nicht fordert, hat in der Erwägung seinen Grund, dass in diesem Falle gleichzeitig ein neuer Termin angesetzt werden wird, und kann nur unter dieser Voraussetzung Anwendung finden. In der Reichstagskommission wurde bemerkt: wenn ein Termin nicht gleichzeitig angesetzt worden sei, müsse öffentliche Bekanntmachung stattfinden. Im übrigen schlügen hier die §§ 195 und 205 ff. C.-P.-O. ein (K. S. 68). Auch wenn bei der Vertagung gleichzeitig ein neuer Termin festgesetzt wurde, darf übrigens die Bekanntmachung nur dann unterbleiben, sofern der Gegenstand der Beschlussfassung derselbe bleibt. Wird bei der Vertagung beschlossen, dass in der spätern Gl.-V. noch über andere Gegenstände Beschluss gefasst werden soll, so müssen diese nach § 90 bekannt gemacht werden und muss eine neue Einladung der Gläubiger erfolgen. Eine spätere Gl.-V. könnte über die erst im Termine vorgeschlagenen Beratungsgegenstände ohne vorherige Bekanntmachung ebensowenig gültige Beschlüsse fassen, als diejenige, in welcher die neue Tagesordnung festgesetzt wurde. § 90 muss auch zur Anwendung kommen, soweit die K.-O. vorschreibt, dass in einer bestimmten (z. B. der ersten) Gl.-V. über gewisse Gegenstände Beschluss zu fassen ist. Die Gläubiger haben ein Recht auf die Mitteilung des Beratungsgegenstandes. Auch kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass sie die K.-O. genau kennen.[1])

Die Tagesordnung wird regelmässig gleichzeitig mit dem Verhandlungstermine bekannt gegeben. Deren nachträgliche Ergänzung ist nicht ausgeschlossen. Sie muss jedoch so zeitig bekannt gemacht werden, dass auswärtige K.-Gl., welche der neue Gegenstand bestimmen kann, an der Versammlung teilzunehmen, noch in der Lage sind, sich daran zu beteiligen oder für einen Vertreter zu sorgen. (Bem. II. 3.)[2]) Eine besondere Zustellung ist, abgesehen von dem in § 103 vorgesehenen Falle, weder in Ansehung der Terminbestimmung noch bezüglich der Tagesordnung geboten. Die einzelnen Beratungsgegenstände sind so genau zu bezeichnen, dass die Gläubiger die Wichtigkeit des Gegenstandes erkennen und Erkundigungen darüber einziehen können.

II. Leitung der Versammlung. Beschlussfassung. (§§ 86 und 89).

1) Zur Leitung der Gl.-V., welche sowohl die Leitung der Verhandlung als die Handhabung der Sitzungspolizei umfasst, ist nur das Gericht berechtigt. Hiernach hat, da die Vorschriften der C.-P.-O. über die Leitung der Verhandlung, insbesondere die des § 127, entsprechende Anwendung finden (Bem. 1 und 2 zu § 65), der Amtsrichter die Versammlung zu eröffnen und zu schliessen, sowie das Wort zu erteilen und nötigenfalls zu entziehen. Ebenso hat er für eine erschöpfende Erörterung der Tagesordnung Sorge zu tragen und erforderlichen Falles den Termin zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen. Weiter ist dem Richter die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Versammlung übertragen. Er

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 142.
[2]) Stieglitz S. 451; v. Völderndorff Bd. 2 S. 143 lit. c.

kann sonach die hierzu erforderlichen Anordnungen treffen und, wenn diesen zuwidergehandelt wird, die in §§ 177 ff. G.-V.-G. vorgesehenen Strafen verhängen. Diese Vorschriften haben unmittelbare Anwendung zu finden (Bem. 4 zu § 65). Wollte man die Gl.-V. nicht als Gerichtssitzung gelten lassen, so würde immerhin § 182 G.-V.-G. die Anwendung der §§ 177 ff. rechtfertigen.[1]) Endlich hat das Gericht für Feststellung der in der Versammlung gestellten Anträge und der gefassten Beschlüsse gemäss §§ 145 ff. C.-P.-O. zu sorgen (Bem. 1 und 2 zu § 65). Die Frage, ob die Verhandlung öffentlich sein solle, wurde in der Reichstagskommission mit Recht verneint, weil § 170 G.-V.-G. nur bestimme, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in öffentlicher Sitzung erfolgen müsse. „Die Konkursordnung kenne solche Verhandlungen nicht, habe kein erkennendes, Gericht und kein Urteil. Von einer Öffentlichkeit könne daher nur insoweit die Rede sein, als jeder Gläubiger, jeder Interessent Zutritt habe. Dem allgemeinen Publikum sei ein Recht auf Zutritt nicht gegeben" (K. S. 68, 69). Die Öffentlichkeit ist zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber auch nicht vorgeschrieben. Deshalb brauchen sich die Gläubiger nicht gefallen zu lassen, dass ganz unbeteiligte Personen ihrer Versammlung beiwohnen. Eine andere Frage ist diejenige, welche Personen als Beteiligte anzusehen sind, insbesondere ob ausser den stimmberechtigten K.-Gl. auch andere Personen, z. B. Massegläubiger, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigte, sowie Gläubiger, denen das Stimmrecht versagt wurde, zur Versammlung zuzulassen sind. Ein Recht auf Teilnahme an der Versammlung steht diesen Personen nicht zu, da sie nicht bezüglich aller Beratungsgegenstände als Beteiligte anzusehen sind, und aus § 87, der lediglich die Befugnis zur Teilnahme an der Abstimmung regelt, nicht gefolgert werden kann, dass alle Personen, welchen ein Stimmrecht nicht zusteht, der Versammlung beiwohnen dürfen. Vielmehr hat das Gericht nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob eine der genannten Personen zuzulassen ist (Bem. 4 zu § 65). Dasselbe gilt von Personen, deren Forderungen bestritten wird oder denen gegenüber das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll.[2]) Den Mitgliedern des Gl.-A. wird das Recht, der Versammlung beizuwohnen, auch dann nicht bestritten werden dürfen, wenn sie nicht K.-Gl. sind.[3]) Der Gemeinschuldner hat das Recht, allen Gl.-V. beizuwohnen. Auch wird diesem wie den stimmberechtigten Gläubigern das Recht zustehen, einen Beistand in die Versammlung mitzubringen (§ 96 C.-P.-O.).

2) Zu einem gültigen Beschluss wird in der Regel vorausgesetzt, dass er mit absoluter Mehrheit gefasst worden ist. Nur bei der Wahl des Gl.-A. genügt relative Stimmenmehrheit. Dies gilt aber nur von der Wahl selbst, nicht wenn es sich um die Entlassung eines Mitgliedes oder darum handelt, ob überhaupt ein Gl.-A. bestellt werden soll. Die Frage, ob nach Köpfen abgestimmt werden oder der Betrag der Forderungen entscheiden, oder ein Zusammentreffen von Personen- und Summenmehrheit gefordert werden solle, wurde in der K.-O. im wesentlichen zugunsten der Summenmehrheit entschieden, weil sich das Interesse der Gläubiger durch die Höhe der Forderungen bestimme und die Überstimmung der kleinen Gläubiger durch die grossen eine geringere Härte sei als die Überstimmung der grossen durch die Mehrheit der Köpfe. Bei Berechnung der Summenmehrheit werden alle Konkursforderungen einschliesslich derjenigen der bevorrechtigten Gläubiger, aber auch nur die Konkursforderungen berücksichtigt. Bilden sich bei der Entscheidung über Summen, z. B. darüber, ob dem Gemeinschuldner ein Unterhaltsbeitrag gewährt werden und in welcher Höhe er bemessen werden soll, mehr als zwei Meinungen, von denen keine die Mehrheit für sich hat, so ist nicht ohne weiteres § 198 G.-V.-G. anwendbar; denn diese Vorschrift gilt nur für die Abstimmungen der Gerichte und passt nicht allgemein für Verwaltungsmassregeln oder Verfügungen über die Masse. Nur soweit der

1) v. Völderndorff Bd. 2 S. 118 Anm. 1.

2) v. Wilmowski S. 300. A. M. Fitting § 31 Anm. 14; v. Völderndorff Bd. 2 S. 126 Anm. 3.

3) Fitting S. 265 § 31 Nr. III.; v. Wilmowski S. 300.

darin aufgestellte Grundsatz sich aus der Natur der Sache ergiebt, d. h. die Vermutung zutrifft, der Gläubiger, welcher für die höhere Summe stimme, wolle lieber eine kleinere als nichts, ist so zu verfahren, wie es § 198 G.-V.-G. für die gerichtlichen Abstimmungen vorschreibt.[1]) Dies ist jedoch keineswegs überall der Fall. Die entsprechende Anwendung des erwähnten Grundsatzes lässt sich im allgemeinen in der Weise durchführen, dass bei Erwerbungen für die Masse angenommen wird, durch Zustimmung zur niedrigeren Summe werde immer auch die Entgegennahme des höheren Betrages genehmigt, dagegen verhalte es sich umgekehrt bei Ausgaben, welche aus der Masse bestritten werden sollen. Soll eine derartige Ausgabe gemacht werden, so erklärt derjenige, welcher einen höheren Betrag bewilligt, sich hierdurch stillschweigend damit einverstanden, dass eine niedrigere Summe ausgegeben wird, denn dadurch wird der Masse eine Ausgabe erspart. Handelt es sich dagegen um die Frage, welche Gegenleistung der K.-V. für eine seinerseits zu bewirkende Leistung verlangen soll, so ist anzunehmen, derjenige, welcher mit einer niedrigeren Gegenleistung zufrieden ist, wolle auch für den Fall die Leistung (z. B. die Veräusserung eines Grundstückes) genehmigen, dass auf einer höhern Gegenleistung, z. B. einem höhern Kaufpreise, bestanden werden soll.[2]) Dies gilt jedoch nur für diejenigen Fälle, in welchen die Meinungsverschiedenheit sich lediglich auf die auszugebende bezw. verlangte Summe bezieht, dagegen Einverständnis darüber besteht, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft abgeschlossen bezw. eine bestimmte Ausgabe geleistet werden soll. Wenn ein Gläubiger für den Verkauf an eine bestimmte Person zu einer niedrigeren Summe stimmt, aber an eine andere Person wegen zweifelhafter Zahlungsfähigkeit überhaupt nicht verkaufen will, so stimmt er deshalb nicht dafür, dass dieser Person wenigstens um einen höheren Preis verkauft werde. Lässt sich eine Mehrheit bei Meinungsverschiedenheit über eine Summe auf die angegebene Weise nicht herstellen, so wird die Abstimmung über die verschiedenen Beträge, bei welchen über den weitestgehenden zuerst abzustimmen ist, solange zu wiederholen sein, bis sich für eine bestimmte Summe eine Mehrheit ergiebt. Sofern über die Zahl der Mitglieder des Gl.-A. eine Meinungsverschiedenheit besteht, kann weder angenommen werden, dass wer mit einer niedrigeren Zahl zufrieden ist, auch die höhere Zahl annimmt, noch ist die umgekehrte Annahme gerechtfertigt; denn ein Gläubiger kann ebensowohl die Ansicht haben, die Zahl der Ausschussmitglieder solle möglichst klein sein, als sie könne nicht zu gross sein; auch kann er ebenso annehmen, es sei besser, gar keinen Ausschuss zu wählen, als einen solchen, der zu klein oder zu gross sei. In dem seltenen Falle der Summengleichheit hat die Kopfzahl den Ausschlag zu geben. Besondere Vorschriften gelten bezüglich der Annahme eines Zwangsvergleiches (§ 169).

3) Bei der Berechnung der Mehrheit sind nach § 89, welcher dem Kv. die Vorteile der mündlichen Verhandlung sichern soll, nur die Stimmen der in Person oder durch einen Bevollmächtigten erschienenen Gläubiger zu berücksichtigen. Die Vollmacht des Vertreters ist von Amts wegen zu prüfen (§ 84 Abs. 2 C.-P.-O.). Die einstweilige Zulassung eines Vertreters ohne Vollmachtsnachweis (§ 85 C.-P.-O.) darf nur erfolgen, wenn die Ausführung des Beschlusses eine Verzögerung verträgt und die dadurch bewirkte Ungewissheit über das Ergebnis der Abstimmung nicht die Fortsetzung der Verhandlung und Abstimmung verhindert. Dies kann sehr leicht der Fall sein. So kann z. B., solange nicht feststeht, ob ein Gl.-A. gewählt werden soll, auch nicht über die Mitgliederzahl abgestimmt und zur Wahl der Ausschussmitglieder geschritten werden. Mit Rücksicht darauf wird es sich nicht leicht empfehlen, von der erwähnten Befugnis Gebrauch zu machen.[3]) Schriftliche Er-

[1]) Fitting § 31 Anm. 26; v. Sarwey S. 567 Anm. *; Wengler S. 463. A. M. Stieglitz S. 447.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 122; Willenbücher S. 144; v. Wilmowski S. 299.

[3]) v. Sarwey S. 571; Stieglitz S. 450; v. Völderndorff Bd. 2 S. 138, 139; Wengler S. 40 Nr. 2; Willenbücher S. 146 Nr. 3; v. Wilmowski S. 301, 302, welche zum Teil die einstweilige Zulassung unbedingt ausschliessen.

klärungen nicht vertretener Gläubiger sind nicht zu beachten. Auch wenn ein Gläubiger erschienen ist, sich aber der Abstimmung enthält, muss seine Forderung bei Berechnung der die absolute Mehrheit bildenden Summe ausser Acht gelassen werden. Im § 89 wird zwar nicht, wie in § 82, ausdrücklich gesagt, dass nur die „abgegebenen" Stimmen in Betracht kommen. In den beiden Fällen soll aber die absolute Mehrheit gewiss nicht verschieden berechnet werden. Vielmehr wurde offenbar nur übersehen, hier einen ähnlichen Zusatz zu machen, wie er bei § 82 erfolgte. Der Sinn wird dadurch nicht geändert (Bem. IV. zu §§ 79 ff.). In den Mot. (S. 316) wurde denn auch ausdrücklich bemerkt, dass nur „die im Termine persönlich oder durch legitimierte Vertreter abgegebenen Stimmen" zählen sollen. Endlich spricht der Grund des Gesetzes (Bem. IV.) in derselben Weise für die Nichtberücksichtigung der nichtstimmenden, wie für die der nichterschienenen Gläubiger. Auch von ihnen ist anzunehmen, dass sie sich den Mehrheitsbeschlüssen der an der Abstimmung teilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen.[1]) Ist durch die wirklich abgegebenen Stimmen eine Mehrheit im Sinne des Gesetzes nicht erzielt worden, so kann sie hiernach nicht dadurch herausgerechnet werden, dass die Stimmen der an der Abstimmung nicht teilnehmenden Gläubiger berücksichtigt werden. Es liegt dann ein Beschluss überhaupt nicht vor und sind auch die abstimmenden Gläubiger nicht an ihre Abstimmung gebunden.

III. Stimmberechtigung der Gläubiger. (§§ 87 und 88).

1) Das Recht der Teilnahme an der Gl.-V. steht nur den stimmberechtigten „Konkursgläubigern" (Bem. II.—IV. zu § 2), dem K.-V., dem Gemeinschuldner und den Mitgliedern des Gl.-A. zu (§§ 78, 92, 123, 129, 167). Die Aussonderungsberechtigten, Massegläubiger, nicht stimmberechtigten K.-Gl. u. s. w. können zwar, soweit sie als Beteiligte anzusehen sind, zur Gl.-V. zugelassen werden, haben aber kein unbedingtes Recht darauf (Bem. II. 1). An der Abstimmung können nur K.-Gl. teilnehmen. Auch die Absonderungsberechtigten, deren Teilnahmerecht durch § 88 besonders geregelt wird (Bem. III. 7), haben nur insoweit Anspruch auf Teilnahme an der Versammlung, als sie K.-Gl. sind (Bem. 1—3 zu § 57). Diesen Gläubigern wurde ein unbedingtes Stimmrecht nur insoweit eingeräumt, als ihre Forderungen festgestellt, d. h. in dem Kv. zur Prüfung gelangt und entweder unstreitig geblieben oder dadurch unstreitig geworden sind, dass der erhobene Widerspruch durch Zurücknahme oder Vergleich oder durch einen besondern Prozess beseitigt worden ist (§ 132). Die streitig gebliebenen Forderungen konnte man nicht unbedingt zulassen, ohne Gefahr zu laufen, die wichtigsten Angelegenheiten durch offenbar unberechtigte Personen entschieden zu sehen. Eine absolute Ausschliessung streitiger Forderungen wäre aber ebenso bedenklich gewesen, da sie ohne jeden rechtlichen Grund bestritten sein können. Es wurde deshalb nach einem vermittelnden Auswege gesucht und dieser in dem freien Ermessen des Gerichtes gefunden. Dass unter den „festgestellten" Forderungen nicht solche Forderungen gemeint sind, welche durch rechtskräftige Entscheidung anerkannt wurden, sondern der Ausdruck in dem Sinne zu verstehen ist, in welchem er in § 132 gebraucht wird, wollte die Reichstagskommission dadurch klarstellen, dass vor „festgestellten Forderungen" die Worte: „im Konkursverfahren" eingeschaltet wurden. Die Redaktionskommission wählte dann die jetzige Fassung („festgestellte Konkursforderungen"), welche offenbar auf § 132 verweisen soll (K. S. 70). Ob die „festgestellten" Forderungen bevorrechtigt sind oder nicht, ist einerlei. Sofern die bevorrechtigte Forderung nicht beanstandet wird, hat der Gläubiger ebenso Anspruch auf Teilnahme, wie wenn das Vorrecht nicht bestände (K. S. 68). Er kann nicht deshalb zurückgewiesen

[1]) Endemann S. 446; Fitting S. 269 § 31 a. E.; v. Sarwey S. 571; v. Völderndorff Bd. 2 S. 123; Willenbücher S. 145 Nr. 1; ferner das auf die Aktiengesellschaft bezügliche Urt. d. R.-G. (II.), 9. März 1888, Entsch. Bd. 20 S. 140 ff.

werden, weil er vollständig befriedigt werde, somit kein gegenwärtiges Interesse an der Sache habe. Eine unbestrittene Forderung gewährt immer ein Stimmrecht. Dieses kann weder vom Richter, der nach den §§ 87 und 88 nur ein Stimmrecht, das an sich nicht begründet wäre, verleihen darf, noch von der Gl.-V. entzogen werden. Nur wenn eine vollständige Befriedigung stattgefunden hat, der Bevorrechtigte also nicht mehr K.-Gl. ist, darf er nicht mehr an der Gl.-V. teilnehmen.[1])

2) Bezüglich der nicht festgestellten Forderungen unterscheidet § 87, ob sie bei der Prüfung streitig geblieben oder noch nicht geprüft worden sind. Im einen wie im andern Falle muss der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung zur Abstimmung zugelassen werden, wenn von keiner Seite Widerspruch hiergegen erhoben wird. Ist ein solcher Widerspruch erfolgt, hat das Gericht darüber zu entscheiden, ob und zu welchem Betrage ein Stimmrecht zu bewilligen ist. Das Verfahren und die Wirkung des ein Stimmrecht gewährenden Beschlusses ist jedoch in den beiden Fällen verschieden. Wenn es sich um eine nicht geprüfte Forderung handelt, kommt es nur darauf an, ob ein K.-Gl. oder der K.-V. gegen die Zulassung Widerspruch erhebt. Ist dies der Fall, so findet eine Vereinbarung über das Stimmrecht nicht statt. Vielmehr entscheidet das Gericht über die Frage der Zulassung ganz frei. Die Entscheidung wirkt aber nur für diejenige Gl.-V., in welcher der Widerspruch erhoben worden ist. Steht eine streitig gebliebene Forderung in Frage, so ist bei Gelegenheit der Prüfung zwischen den streitenden Teilen, d. h. zwischen dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, und den Personen, von welchen die Bestreitung ausgeht (§ 132), zugleich über die Frage zu verhandeln, ob und in welcher Weise der Gläubiger zur Abstimmung berechtigt ist. Kommt eine Einigung zustande, so ist sie für die Beteiligten und für das Gericht bindend. Sie bleibt in Kraft, solange die Forderung streitig ist, d. h. bis zu dem Zeitpunkte, in welchem rechtskräftig festgestellt ist, ob und für welchen Betrag sie zu Recht besteht. Den K.-Gl., welche an dem Streite über das Bestehen oder die Höhe der Forderung nicht beteiligt sind, steht ein Recht des Widerspruchs nicht zu. Sie sind nicht „Parteien" im Sinne des § 87 Abs. 1. In Ermangelung einer Einigung soll der Richter unter dem unmittelbaren Eindrucke der Prüfungsverhandlungen und der von den Beteiligten etwa beigebrachten Beweise und Bescheinigungen eine angemessene Entscheidung treffen, durch welche die Grundlage für alle spätern Verhandlungen gewonnen und ein besonderes, lediglich auf den Zwangsvergleich berechnetes Zwischenverfahren überflüssig wird (M. S. 315). In diesem Sinne spricht § 87 Abs. 1 von einem „bleibenden" Stimmrecht.

3) Eine spätere Abänderung der den derzeitigen Umständen entsprechend getroffenen Entscheidung ist auf weitern Antrag eines Beteiligten und auf Grund neuen Vorbringens insbesondere veränderter Umstände zulässig, die Änderung von Amts wegen jedoch ausgeschlossen. Aus der Möglichkeit einer Abänderung der getroffenen Entscheidung ergiebt sich, dass für eine bestrittene Forderung, welcher das Stimmrecht im Prüfungstermine versagt wurde, dieses später auf Antrag zugestanden werden kann. Ist die Frage, ob für eine solche Forderung ein Stimmrecht zu gewähren sei, im Prüfungstermine ungeachtet des § 87 nicht erörtert worden, so steht dem Gläubiger das Recht zu, eine solche Erörterung und die Gewährung des Stimmrechtes nachträglich zu beantragen. Diese Erörterung ist nach § 87 vom Konkursrichter „mit den Parteien" vorzunehmen. Ist dies versäumt worden, so darf der Gläubiger darunter nicht leiden; § 87 Abs. 2 trifft auf den erwähnten Fall nicht zu.[2]) Wird ein derartiger Antrag nachträglich gestellt oder die Abänderung des gefassten Beschlusses beantragt, so braucht nicht eine neue Gl.-V. berufen zu werden. Vielmehr sind lediglich die Gegner des Antragstellenden, welche seine Forderung bestritten haben, zu hören. Eine mündliche Verhandlung ist geboten, wenn eine Erörterung des

[1]) A. M. nur Hullmann S. 233.

[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 501. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 130 lit. d.

Stimmrechtes nicht stattgefunden hat, denn § 87 sieht eine „mündliche" Erörterung vor, bei welcher eine Vereinbarung (Einigung) erfolgen kann. Die Kosten eines solchen Termines sind nicht dem Gläubiger aufzuerlegen, dessen Stimmrecht in Frage steht. § 130 Abs. 3 bezieht sich nicht auf diesen Fall und ist auch nicht entsprechend anzuwenden, weil es Sache des Gerichtes war, die Erörterung anzuregen. Wenn die Abänderung des gefassten Beschlusses beantragt wird, bedarf es einer mündlichen Verhandlung nicht (§ 66 Abs. 1.). In Beziehung auf den Umstand, dass das Gericht die Entscheidung abändern könne, bemerkte Hullmann in der Reichtagskommission: „Dies sei doch wohl hauptsächlich dahin zu verstehen, dass der Richter die Entscheidung zurückziehen könne, wenn sich der Sachstand geändert habe." Daraufhin bestätigte Hagens zwar, dass zu einer Abänderung meist eine veränderte Sachlage vorausgesetzt werde, bemerkte aber weiter: „diese anzunehmen, stehe jedoch auch im Ermessen des Gerichtes, und darum könne eine Veränderung der Sachlage nicht als gesetzliche Voraussetzung unbedingt vorgeschrieben werden. Die K.-O. enthalte eine Abweichung von den Vorschriften der C.-P.-O. Nach diesen Vorschriften könne der Richter von seiner Entscheidung im Falle der sofortigen Beschwerde nicht wieder abgehen. Die K.-O. sei also milder und dadurch würden alle Unzuträglichkeiten verhindert." Mit Rücksicht auf diese Erklärung wurde ein Antrag, nach welchem die sofortige Beschwerde nur, soweit es sich um nichtgeprüfte Forderungen handelt, ausgeschlossen sein sollte, zurückgezogen (K. S. 69, 70).

4) Die bezüglich des Stimmrechtes getroffene Entscheidung ist nach § 66 den Beteiligten ungeachtet ihrer Verkündung zuzustellen (Bem. II. zu § 66.). Daraus, dass die Anfechtung der Entscheidung ausgeschlossen ist, folgt nicht, dass von der Beobachtung einer gesetzlichen Vorschrift abgesehen werden darf; auch hat der Gläubiger, um dessen Stimmrecht es sich handelt, ein Interesse an der Zustellung.[1])

5) Abgesehen von der Teilung einer Forderung (Bem. II. 2 zu § 169) wird weder durch Gesamtrechtsnachfolge noch durch Sonderrechtsnachfolge das einmal gewährte Stimmrecht geändert, gleichviel ob die Gewährung auf Feststellung der Forderung oder auf Einigung der Beteiligten oder auf richterlicher Entscheidung beruht.[2]) Dagegen kann die Pfändung der Forderung bezw. deren Überweisung von Einfluss auf die Ausübung des Stimmrechtes sein. Die Pfändung für sich allein ändert an der gegebenen Sachlage nichts, da der Schuldner, dessen Forderung gepfändet wurde, sich nach § 730 C.-P.-O. zwar jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung zu enthalten hat, aber dadurch nicht die Befugnis verliert, die Forderung im Kv. anzumelden und das mit ihr verbundene Stimmrecht auszuüben. Anders liegt die Sache in Ansehung der Überweisung. Wird die Forderung dem pfändenden Gläubiger an Zahlungsstatt überwiesen, so geht die Forderung auf ihn über (§ 736 Abs. 2 C.-P.-O.); er allein hat demnach das Recht, die Forderung im Kv. anzumelden (Bem. zu § 127) und das Stimmrecht bezüglich der ihm nun zustehenden Forderung. Erfolgt die Überweisung nur „zur Einziehung", so bleibt der Schuldner, dessen Forderung gepfändet und überwiesen wurde, zwar deren Subjekt, da die Forderung durch eine derartige Überweisung nicht aus seinem Vermögen ausgeschieden wird. Aber der pfändende Gläubiger erlangt durch die Überweisung das Recht, die gepfändete Forderung namens seines Schuldners (als procurator in rem suam) einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen.[3]) Wie er allein berechtigt ist, die Forderung einzuklagen und den auf sie im Kv. treffenden Anteil zu erheben, muss ihm sonach auch das Recht zustehen,

[1]) A. M. Endemann S. 441; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 502; Willenbücher S. 145 Nr. 4.

[2]) v. Sarwey S. 568; Willenbücher S. 144.

[3]) R.-G. (II.) 10. Juni 1887, (I.) 8. Febr. 1888, Entsch. Bd. 18 S. 398 ff., Bd. 20 S. 420 ff.; bayer. ob. Landesg. 3. Febr. 1881, Buschs Z. Bd. 4 S. 420 ff., Samml. Bd. 9 S. 43 ff.; Kohler in Buschs Z. Bd. 10 S. 199 ff.; Falkmann Zwangsvollstr. S. 269 Anm. 11 u. Buschs Z. Bd. 15 S. 512 ff.; Oetker, Die Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse des Drittschuldners 1891, bes. S. 14 ff.

die Forderung anzumelden und das mit ihr verbundene Stimmrecht auszuüben. Ist die ganze Forderung gepfändet, so hat der Gläubiger, auch wenn seine eigene Forderung einen niedrigeren Betrag erreicht, allein das Recht, die angemeldete Forderung geltend zu machen und die Stimme zu führen. Wird durch die Pfändung nur ein Teil der Forderung betroffen, so steht das Stimmrecht in Ansehung des nicht gepfändeten Teils dem Gläubiger (gepfändeten Schuldner) selbst zu.[1])

6) Nach § 87 Abs. 3 findet eine Anfechtung der auf Grund dieses § getroffenen Entscheidungen nicht statt. Es ist sonach die Beschwerde ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist jedoch als eine Ausnahme von § 66 streng auf die Fälle zu beschränken, für welche sie besimmt ist. Wird durch eine richterliche Entscheidung das gemäss § 87 beanspruchte Stimmrecht bewilligt oder versagt, so findet hiegegen Beschwerde nicht statt. Dagegen trifft § 66 Abs. 3 zu, wenn der Richter eine Entscheidung über die Gewährung des Stimmrechts ablehnt; dann ist eine Entscheidung, wie sie § 87 Abs. 3 voraussetzt, nicht gegeben.[2]) Dasselbe gilt, wenn aus andern Veranlassungen, z. B. mit Rücksicht auf die Pfändung der angemeldeten Forderung (Bem. III. 5) Streit darüber entsteht, ob jemand oder wer zur Ausübung des Stimmrechtes befugt ist. Auch dann ist gegen den das Stimmrecht versagenden bezw. die Abstimmung für unwirksam erklärenden Beschluss Beschwerde zulässig.[3])

7) Über das Stimmrecht solcher Gläubiger, deren Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, oder denen ein Absonderungsrecht, also nur eine Ausfallsforderung zusteht (Bem. zu §§ 57, 60), hat ebenfalls das Gericht zu entscheiden, gleichviel ob die Forderung bereits geprüft oder festgestellt oder ob sie bestritten ist. Diese Ansprüche sind jedoch den noch nicht geprüften Forderungen (§ 87 Abs. 2) gleichgestellt; deshalb wird auch hier das Stimmrecht nicht als ein „bleibendes“ festgestellt. Die Stimmberechtigung und die Entscheidung darüber berührt daher rechtlich nur die gegenwärtige Gläubigerversammlung; ein thatsächliches Gewicht wird diese Entscheidung allerdings auch für künftige Verhandlungen haben.

IV. Wirkung der gefassten Beschlüsse. Untersagung der Ausführung. (§§ 89 und 91).

1) Nach § 89 Satz 2 sind die nicht erschienenen Gläubiger ebenso wie diejenigen, welche sich der Abstimmung enthielten oder überstimmt wurden, an die gefassten Beschlüsse gebunden; es wird angenommen, dass sie sich den Beschlüssen der Versammlung stillschweigend unterwerfen. Im Interesse der überstimmten und ausgebliebenen Gläubiger wurde aber ein besonderer Schutz gegen solche Beschlüsse für notwendig gehalten, welche „dem gemeinsamen Interesse der K.-Gl. widersprechen.“ Dieser Schutz wurde im Einschreiten des Gerichts gesucht, das auf Antrag die Ausführung eines derartigen Beschlusses untersagen kann. Das Gericht soll sich zwar nicht in die Verwaltung einmischen. Aber es kann zur Entscheidung über widersprechende Interessen angerufen werden und darf die Ausführung des Mehrheitsbeschlusses untersagen, wenn er geradezu das gemeinsame Interesse aller Beteiligten verletzt. Zur Sicherheit der Mehrheit verlangt § 91 andererseits, dass diese Anrufung noch in der Gl.-V. erfolgt. Zum Antrag ist ausser den überstimmten Gläubigern auch der K.-V. berechtigt, der das Interesse der abwesenden Gläubiger gleichfalls zu wahren hat. Er muss „in der Gläubigerversammlung“ und zwar mündlich vom Antragsberechtigten oder einem Bevollmächtigten gestellt werden. Ein im voraus bei dem Kon-

[1]) Ldg. München 28. Okt. 1880 und bayer. ob. Landesg. 3. Febr. 1881, Buschs Z. Bd. 4 S. 420 ff.; Samml. Bd. 9 S. 43 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 978.

[2]) Willenbücher S. 145 Nr. 4; v. Wilmowski S. 301 Nr. 6.

[3]) In den S. 350 in der Anm. 3 angef. Entsch. wurde stillschweigend die Zulässigkeit der Beschwerde angenommen.

kursgerichte schriftlich eingereichter Antrag kann nicht genügen, weil er nicht in der Gläubigerversammlung gestellt ist. Die Verlesung durch den Konkursrichter kann nicht als Antragstellung gelten, weil dieser nicht zugleich Richter und Vertreter eines Beteiligten sein kann. Dazu kommt, dass der nicht erschienene Gläubiger (nach § 89) an die gefassten Mehrheitsbeschlüsse gebunden ist, also die Untersagung der Ausführung nicht verlangen kann.[1]) Wird der Antrag abgelehnt, so steht dem Antragsteller und dem K.-V., auch wenn er nicht Antragsteller ist, andernfalls den einzelnen Gläubigern[2]) nach § 66 die sofortige Beschwerde zu, deren Erhebung auch die Gl.-V. beschliessen kann (Bem. I. 1 S. 344, Bem. III. 4 zu § 66). Auch ein in dieser ausgebliebener Gläubiger ist berechtigt, die Verfügung, durch welche die Ausführung eines Beschlusses der Gl.-V. untersagt wird, durch Beschwerde anzufechten; er ist zwar an die Beschlüsse der Versammlung, nicht aber an den diesen entgegentretenden Gerichtsbeschluss gebunden, sonach nicht gehindert, die Durchführung des auch für ihn bindenden Beschlusses zu beantragen.[3]) Ungeachtet der eingelegten Beschwerde bleibt vorerst die Ausführung des Beschlusses untersagt (§ 535 C.-P.-O.). Dessen förmliche Aufhebung steht dem Gerichte nicht zu. Noch weniger ist es befugt, eine andere Verfügung an die Stelle des Beschlusses zu setzen.

2) § 91 bezieht sich auf alle Beschlüsse der Gl.-V., insbesondere auch auf deren in § 83 vorgesehenen „Einigung" mit dem Gl.-A. über dessen Auslagen und Gebühren. In der Reichstagskommission wurde bemerkt: „Der § 91 habe eine allgemeine Bedeutung; er sei absichtlich hierhergesetzt worden, um § 83 mitzutreffen. Wenn er bloss für Verwaltungsmaassregeln gelten sollte, würde er seine Stelle etwa als § 125a gefunden haben." Auch wurde deshalb das Wort „Maassregel" durch den Ausdruck „Beschluss" ersetzt (K. S. 70). Die Wahl der Mitglieder des Gl.-A. fällt nicht unter § 91, weil es sich dabei nicht um einen Beschluss im Sinne des § handelt. Dieser letztere setzt Beschlüsse voraus, welche einer Ausführung bedürfen und deren Wirkung durch die Untersagung der Ausführung gehindert werden kann. Dasselbe gilt von der Wahl eines K.-V., da dieser von der Gl.-V. nur vorgeschlagen, aber vom Gerichte ernannt wird.[4]) Gegen die Ernennung des Verwalters ist übrigens Beschwerde zulässig (Bem. I. 2 zu §§ 70 ff.).

§ 92.

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.

§ 93.

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubnis des Gerichts entfernen.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft desselben anordnen, wenn

[1]) Willenbücher S. 146 Nr. 1; v. Wilmowski S. 302 Nr. 1. A. M. Endemann S. 446 und soweit es sich um den Antrag des K.-V. handelt, v. Völderndorff Bd. 2 S. 146 lit. b und c.

[2]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 147; Wengler S. 473 Nr. 6.

[3]) v. Wilmowski S. 303; Willenbücher S. 147 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 147 Anm. 8.

[4]) Soweit es sich um die Wahl des K.-V. handelt, ist a. M. Fitting § 29 Anm. 3.

er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse notwendig erscheint.

(E. §§ 92, 93; M. S. 317, 318; K. S. 70; pr. K.-O. §§ 132, 138, 139, 160, 223.)

I. Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung. (§ 92).

1) Die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung, welcher die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides (§ 115) zur Seite steht, ist eine Folge des Satzes, dass sein ganzes der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Ausserdem ergiebt sie sich aus der Natur des Kv., das von Amts wegen durchzuführen ist (Bem. 2 zu § 67). Soweit die Auskunft vom Konkursgerichte verlangt wird, würde sich diese Verpflichtung übrigens schon aus § 67 ergeben. Der Gemeinschuldner muss dem Gerichte und den Verwaltungsorganen alles dasjenige an die Hand geben, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der dagegen gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Die gleiche Pflicht wurde auch gegenüber der Gl.-V anerkannt. Nur wurde wegen der Gefahr leidenschaftlicher Ausbrüche deren Recht, vom Gemeinschuldner Auskunft zu verlangen, von einer Anordnung des Gerichtes abhängig gemacht. Eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu persönlichen Dienstleistungen, insbesondere zur Mitwirkung bei den erforderlichen Veräusserungen, kennt die K.-O. nicht. Deren Auferlegung wurde unterlassen, weil sie mit den modernen Rechtsanschauungen unvereinbar sei. Nur dem Gemeinschuldner selbst, nicht seinen Angehörigen, insbesondere nicht seiner Ehefrau, liegt die Verpflichtung zur Auskunftserteilung ob (vgl. Bem. zu § 94 u. 115).

2) Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung erstreckt sich nur auf die „das Verfahren betreffenden Verhältnisse.“ Dazu gehören alle Thatsachen, welche für die Durchführung des Kv. und die Befriedigung der K.-Gl. von Bedeutung sind, gleichviel ob sie das Verfahren im engern Sinne des Wortes oder materielle Rechtsverhältnisse, z. B. Aussonderungsrechte, Absonderungsrechte, die Ausübung des Anfechtungsrechtes, die Durchführung von Prozessen u. s. w. betreffen. Auch in Ansehung des nicht zur Masse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners kann von ihm Auskunft verlangt werden, sofern diese für die Verwaltungsorgane, z. B. für den Beschluss über die Unterstützung des Gemeinschuldners erforderlich ist.[1]) Der Gemeinschuldner ist nicht bloss zur einmaligen Auskunftserteilung verpflichtet, sondern muss jederzeit auf die an ihn gestellten Fragen Antwort erteilen. Ebenso ist er zur Vorlage der eine Aufklärung enthaltenden Schriftstücke z. B. von Vertragsurkunden, Prozessakten und dergl. verpflichtet.

3) Die gerichtliche Anordnung ist nicht nur Voraussetzung für die Zulässigkeit der Befragung durch die Gl.-V. im allgemeinen. Vielmehr hat das Gericht, wenn der Gemeinschuldner die Auskunft über bestimmte Verhältnisse verweigert, auch darüber zu entscheiden, über welche Fragen er sich äussern muss. Andernfalls würde der dem Gemeinschuldner gewährte Schutz seine Bedeutung zum grössten Teil verlieren.[2]) Ausserdem wird auch ein Beschluss der Gl.-V. vorausgesetzt. Nur dieser Versammlung sowie dem Gl.-A., nicht jedem einzelnen K.-Gl. muss der Gemeinschuldner Auskunft geben. Thatsächlich wird sich die Sache regelmässig so gestalten, dass ein K.-Gl. die Anregung zur Befragung giebt und die zu stellenden Fragen bezeichnet. Weigert sich der Gemeinschuldner, diese Fragen zu beantworten, so hat die Gl.-V. zu beschliessen, ob sie auf der verlangten Auskunft besteht. Geschieht dies, so muss der Richter prüfen, ob die Auskunftserteilung anzuordnen ist. Dieser kann aber auch von vornherein bestimmen, über welche Verhältnisse der Gemein-

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 152 lit. a. a. E.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 151.

schuldner Auskunft zu geben hat. Der letztere kann die gerichtliche Entscheidung, wenn er glaubt, zu der verlangten Auskunft nicht verpflichtet zu sein, in allen Fällen anrufen; denn in Ermangelung einer solchen Verpflichtung kann der Richter wegen Verweigerung der Auskunft ein Zwangsmittel (§ 93) nicht zur Anwendung bringen. [1]) Übrigens kann der Richter die von ihm erbetene Anordnung nicht bloss dann verweigern, wenn die Auskunft sich auf Verhältnisse bezieht, welche das Kv. nicht betreffen, sondern auch dann, wenn er die Befragung überhaupt für ungeeignet hält. Die Anordnung ist schlechthin in sein Ermessen gestellt; wegen Nichterteilung der Anordnung ist aber immerhin Beschwerde zulässig, weil die Gläubiger das Recht auf eine Entscheidung haben (Bem. III. 2 zu § 66). Ebenso kann der Gemeinschuldner gegen die Anordnung Beschwerde einlegen, weil sie eine Entscheidung über die Verpflichtung zur Auskunftserteilung enthält.

4) Soweit die Auskunft vom K.-V. oder vom Gl.-A. gefordert wird, kann der Gemeinschuldner nicht etwa verlangen, dass der erstere oder die Ausschussmitglieder sich zu diesem Zwecke zu ihm begeben; er muss vielmehr einer an ihn ergangenen Vorladung Folge leisten. [2]) Ist der Gl.-V. Auskunft zu geben, so hat diese in der Regel sofort in der Versammlung mündlich zu erfolgen. Doch kann sich die Gl.-V. auch damit begnügen, dass der Gemeinschuldner die Auskunft in einer späteren Versammlung oder schriftlich giebt oder sie dem Gl.-A. oder dem K.-V. erteilt. Über die Form der Auskunftserteilung hat in erster Linie die Gl.-V. in zweiter das Gericht zu beschliessen, dessen Anordnung entscheidend ist.

5) Verweigert der Gemeinschuldner die erforderliche Auskunft, so kann er hierzu durch Androhung und Verhängung der Haft angehalten werden. Letztere darf auch dann gegen ihn verhängt werden, wenn er wissentlich eine unwahre Auskunft erteilt, da er auch dadurch die Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft verletzt (Bem. III.). [3]) Ausserdem kann dem Gemeinschuldner, wenn er dieser Verpflichtung zuwiderhandelt, die ihm nach den §§ 118, 120 gewährte Unterstützung entzogen werden.

II. Verbot der eigenmächtigen Entfernung. (§ 93 Abs. 1.)

Das Verbot der eigenmächtigen Entfernung soll den Gemeinschuldner verhindern, sich der Erfüllung der ihm während des Kv. obliegenden Verpflichtungen willkürlich zu entziehen. Das Gericht, das die Erlaubnis zur Entfernung erteilen kann, soll gleichmässig die verschiedenen Interessen berücksichtigen und dem Gemeinschuldner die Freiheit seiner Bewegung nicht länger vorenthalten, als dies unbedingt nothwendig ist. Der Erlaubnis des Gerichtes bedarf der Gemeinschuldner nicht nur, wenn er seinen Wohnort dauernd verlassen, sondern auch wenn er sich vorübergehend von diesem entfernen will. K.-V. und Gl.-A. sollen immer in der Lage sein, von ihm Auskunft zu verlangen. Einen kurzen Ausflug, durch welchen die in § 92 auferlegte Verpflichtung nicht berührt wird, kann der Gemeinschuldner natürlich auch ohne richterliche Erlaubnis unternehmen; aber er wird dieser schon dann bedürfen, wenn er sich auf einige Tage entfernen will. Erteilt das Gericht die Erlaubnis zur Entfernung, so kann es sie an die Bedingung knüpfen, dass der Gemeinschuldner seinen jedesmaligen Aufenthaltsort dem K.-V. mitteile und so diesen bezw. den Gl.-A. in die Lage versetze, briefliche Auskunft zu verlangen. Auch kann die Erlaubnis widerruflich erteilt und der Gemeinschuldner so verpflichtet werden, auf Verlangen sofort zurückzukehren. Entfernt sich der letztere ohne Erlaubnis, oder kehrt er ungeachtet einer an ihn ergangenen gerichtlichen Aufforderung nicht zurück, so können die in Abs. 2 des § vorgesehenen Zwangsmaassregeln zur Anwendung kommen (Bem. III.).

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 153; v. Wilmowski S. 304.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 151, 152.

[3]) Stieglitz S. 453; v. Völderndorff Bd. 2 S. 154 und 155 lit. c Nr. II.; v. Wilmowski S. 304.

III. Zwangsweise Vorführung und Haft. (§ 93 Abs. 2.)

1) Die Verhängung der Haft kann zu verschiedenen Zwecken erfolgen. Als Sicherheitshaft ist sie anzuordnen, wenn zu besorgen steht, dass der Gemeinschuldner seine Freiheit zur Verschleppung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachteiligen Abmachungen oder Verdunkelungen missbrauchen werde. Als Zwangs- oder Strafmittel findet sie statt, um diesen zur Auskunftserteilung anzuhalten oder wenn er sich unbefugter Verfügungen oder Behinderungen des K.-V. schuldig gemacht hat. Die besondern Vorschriften der C.-P.-O. über eine Haft zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 774, 775) finden zwar auf die allgemeinen Pflichten des Gemeinschuldners im Kv. keine Anwendung. Dagegen erscheinen deren Bestimmungen über die Unstatthaftigkeit oder Unterbrechung der Haft sowie über die Anordnung, Vollstreckung und Dauer dieser Haft oder sonstiger Freiheitsbeschränkung (§§ 812, 785—791, 793, 794) als anwendbar. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Haft zur Strafe verhängt wird. Es handelt sich dann gleichfalls nur um Haft im Sinne der C.-P.-O., nicht um Bestrafung im Sinne des St.-G.-B., dessen § 18 sich nicht auf diejenige Haft bezieht, welche als prozessuales Zwangsmittel angewandt wird. Die Vollstreckung dieser Haft richtet sich deshalb nach der C.-P.-O. (§ 65 K.-O.). Die Kosten der Haft sind, da diese nur im allgemeinen Interesse der Gläubiger verhängt werden darf, Massekosten im Sinne des § 51 Z. 1. Vor der Anordnung der Haft muss der Gemeinschuldner stets gehört werden. Dagegen kann die zwangsweise Vorführung auch ohne vorgängige Gewährung des Gehörs erfolgen (M. S. 318). Von der ausdrücklichen Bezeichnung der zur Anwendung kommenden Vorschriften der C.-P.-O. wurde abgesehen, nachdem Hagens in der Reichstagskommission bemerkt hatte „Diese Aufgabe würde eine ziemlich schwierige sein. Die Mot. hätten dieselbe nur beispielsweise, nicht exklusiv gelöst. Er glaube, dass § 65 K.-O. genüge“ (K. S. 70). Weigert sich der Gemeinschuldner die in § 129 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung bezüglich einer bestimmten Forderung abzugeben, so gilt diese Forderung ihm gegenüber als unbestritten, was die in §§ 132 Abs. 2 und 152 Abs. 2 vorgesehenen Wirkungen hat.[1]) Ebenso tritt Rechtsverlust ein, wenn er sich über die Schlussrechnung des K.-V. nicht äussert (§ 78). Weigert er sich nur, eine derartige in seinem eigenen Interesse liegende Erklärung abzugeben, so ist von Haft natürlich nicht die Rede. Zur Erklärung über die angemeldeten Forderungen kann der Gemeinschuldner aber auch nach §§ 92, 93 angehalten werden.

2) Die Vorschriften der C.-P.-O. werden insofern durch die Bestimmungen des § 93 Abs. 2 ersetzt, als es sich um die Zulässigkeit der zwangsweisen Vorführung oder der Haft handelt. Überall, wo eine der im § erwähnten Voraussetzungen vorliegt, kann das Gericht von Amts wegen die in Frage stehenden Maassregeln treffen. Es handelt sich aber in allen Fällen nur um eine Befugnis des Gerichtes, nirgends um eine Verpflichtung zur Verhängung der Haft. Ist diese überhaupt unstatthaft oder deren Vollstreckung untersagt (§§ 785—787 C.-P.-O.), so muss sie auch im Kv. unterbleiben. Gegen die Entscheidung, durch welche die zwangsweise Vorführung oder Haft angeordnet wird, steht dem Gemeinschuldner nach § 66 die „sofortige Beschwerde“ zu. Diese hat aber keine aufschiebende Wirkung, da § 535 C.-P.-O. den Fall, in welchem es sich um Verhaftung des Schuldners handelt, nicht erwähnt.[2]) Wurde vonseite des K.-V. oder eines Gläubigers u. s. w. die Vorführung oder Verhaftung des Gemeinschuldners angeregt, dieser Anregung aber keine Folge gegeben, so steht der betreffenden Person ein Beschwerderecht nicht zu. Die Anordnung der Maassregel erfolgt immer von Amts wegen. Ein Recht, die Verhaftung oder Vorführung zu beantragen, ist keinem der Beteiligten eingeräumt. Vielmehr gilt das Offizialprinzip. Das Gericht ist deshalb nicht verpflichtet, wenn jemand die Verhaftung wünscht, eine zurückweisende Entscheidung zu erlassen, und kann schon deshalb von einem Beschwerde-

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 154.

[2]) Fitting § 33 Anm. 7; v. Völderndorff Bd. 2 S. 160 Anm. 18.

recht, das regelmässig eine Entscheidung voraussetzt (§ 66 und § 530 C.-P.-O.), keine Rede sein (Bem. III. 2 zu § 66).[1]) Anders liegt die Sache bezüglich der Anordnung der Haft. Hier steht eine richterliche Entscheidung in Frage, welche nach § 66 durch Beschwerde angefochten werden kann. Zu dieser Beschwerde ist der Gemeinschuldner selbst unzweifelhaft berechtigt. Aber auch dem K.-V. und den einzelnen K.-Gl., welche wegen der Kosten an der Aufhebung der Haft ein Interesse haben können, kann dieses Recht nicht bestritten werden. Das gilt auch dann, wenn die Haft wegen Verweigerung des Offenbarungseides verhängt werden soll. Übrigens kann auch hier das Konkursgericht die Haft von Amts wegen verhängen. Nach § 782 C.-P.-O. wird allerdings in dieser Beziehung ein Antrag vorausgesetzt. Der Amtsrichter, welcher den Offenbarungseid abzunehmen hat, kann deshalb auf Grund der erwähnten Vorschrift die Haft nur dann verhängen, wenn diese Maassregel beantragt wird. Aber dadurch wird die Anwendung des § 93 nicht ausgeschlossen. Ist der Richter, welcher den Eid abzunehmen hat, zugleich Konkursrichter, so ist er in dieser Eigenschaft befugt, die Haft von Amts wegen zu verhängen.

3) Die Ausführung des Haftbefehles bezw. des Auftrages zur zwangsweisen Vorführung erfolgt gemäss § 790 C.-P.-O. durch den Gerichtsvollzieher. Auch bezüglich des Vollstreckungsraumes, der Dauer und Aufhebung der Haft u. s. w. kommt die C.-P.-O. (§§ 780, 790, 794 ff.) zur Anwendung. Die „Strafe der Haft", welche hier (§§ 345, 355, 775) mehrfach angedroht ist und deren Vollzug sich nach den Vorschriften des R.-St.-G.-B. richtet (Petersen, Komm. z. C.-P.-O. Bem. IV. 1 zu §§ 773 ff.), ist in der K.-O. nicht vorgesehen. Was die Kosten anbelangt, so kann ein Vorschuss wegen der Verpflegungskosten nicht verlangt werden, da § 792 C.-P.-O. eine Verpflichtung zur Vorschussleistung nur dem die Haft beantragenden Gläubiger auferlegt, diese aber hier von Amts wegen angeordnet wird. In den Mot. wird deshalb auch § 792 C.-P.-O. nicht erwähnt. Wenn es sich übersehen lässt, dass in der Masse, aus welcher schliesslich die Verpflegungskosten bestritten werden müssen, die hierzu erforderlichen Mittel nicht vorhanden sind, so wird das Gericht die Verhaftung nicht verfügen.[2]) Überhaupt ist stets im Auge zu behalten, dass die Verhaftung nur im Interesse der K.-Gl. erfolgt, und deshalb davon abzusehen, wenn der zu erwartende Vorteil im Missverhältnisse zu den Kosten der Haft steht. Für letztere, welche nach § 51 Z. 1 Massekosten sind, haftet bei Unzulänglichkeit der Masse auch das übrige (freie) Vermögen des Gemeinschuldners (Vorbem. 2 zu §§ 50 ff. S. 255).[3])

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

(§§ 94—106).

Vorbemerkungen.

Der 2. Titel beschäftigt sich mit der K.-E. und mit den gerichtlichen Maassregeln, welche ihr vorausgehen oder sich unmittelbar an sie anschliessen. Zunächst wird in §§ 94—97 von den Voraussetzungen des Kv. und in § 98 von den vorläufigen Sicherungsmaassregeln gehandelt. Sodann wird in § 99 die Abweisung des Eröffnungsantrags, in § 100 der Eröffnungsbeschluss und in § 101 das Beschwerderecht bezüglich dieser Beschlüsse geregelt, während die §§ 102—106 vorschreiben, welche Maassregeln bei der K.-E. oder nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses zu treffen sind.

[1]) Fitting § 33 Anm. 8; Meisner S. 266 a. E. A. M.: v. Sarwey S. 574; v. Völderndorff Bd. 2 S. 160; Willenbücher S. 147 Nr. 3; v. Wilmowski S. 305 Nr. 2.

[2]) Fitting § 33 Anm. 7; v. Wilmowski S. 188, 305. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 158, 159; Willenbücher S. 147, 148 Nr. 4.

[3]) Fitting § 33 Anm. 7 a. E.

§ 94.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus.

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist.

(E. § 94; M. S. 319–325; K. S. 71—73; pr. K.-O. §§ 113, 319, 322, 323).

I. Gemeinschuldner.

Das Kv. darf regelmässig nur über das Vermögen einer bestimmten physischen oder juristischen Person eröffnet werden; jedoch kommt nichts darauf an, ob diese Kaufmann ist oder nicht. Ausser den mit jur. Persönlichkeit versehenen Körperschaften kann das Kv. allerdings auch über das Vermögen von Gesellschaften u. s. w. eröffnet werden, die als solche verklagt werden können und denen ein (von dem Vermögen der Gesellschafter getrenntes) Sondervermögen zusteht, welches als solches der Zwangsvollstreckung unterliegt. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn einer Gesellschaft nach dem geltenden bürgerlichen Recht die Fähigkeit, Verträge zu schliessen und Prozesse zu führen, zukommt und deren Vermögen als selbständiges Sondervermögen anzusehen ist.[1]) Ob eine derartige Personeneinheit besteht, richtet sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Die eheliche Gütergemeinschaft ist eine solche nicht, sondern gibt nur zur Anwendung der §§ 14 u. 44 K.-O. Veranlassung.[2]) Ist nach bürgerlichem Recht der Ehemann als Eigentümer der zur G.-G. gehörigen Gegenstände anzusehen, so fallen diese, falls über sein Vermögen das Kv. eröffnet wird, in die Konkursmasse (Bem. 1 zu § 14). Zu den Personeneinheiten der erwähnten Art gehört die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien bezüglich deren besondere Vorschriften (§§ 198—201) bestehen, nicht aber die stille Gesellschaft, bei welcher der Inhaber des Handelsgewerbes die Geschäfte unter seiner Firma betreibt und Eigenthümer der Einlage des stillen Gesellschafters wird (Art. 251, 252 H.-G.-B.). Die Zulässigkeit der K.-E. über das Vermögen einer Handelsgesellschaft bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages hängt davon ab, ob auch in diesem Falle ein selbständiges, von demjenigen der Gesellschafter getrenntes Sondervermögen besteht und ist nach dem Gesellschaftsrecht zu entscheiden.[3]) Ob über das Vermögen juristischer Personen mit öffentlich rechtlicher Stellung das Kv. eröffnet werden kann, richtet sich nach dem Landesrecht. In der Regel wird, soweit eine Zwangsvollstreckung zulässig ist (§ 15 Z. 4 E.-G. z. C.-P.-O.), das Vermögen auch dem Kv. unterliegen. Doch braucht dies nicht notwendig der Fall zu sein.[4]) Auch wenn mehrere Personen, z. B. Brüder, welche zusammenleben und ihr Vermögen gemeinschaftlich verwalten, oder Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft stehen, allen Gläubigern gegenüber gemeinsam haften, ist bei jedem von ihnen besonders zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der K.-E. vorliegen, und, wenn dies der Fall, das Kv. über das Vermögen jeder einzelnen Person zu eröffnen.[5]) Jedes dieser Kv. kann auch für sich (wegen Mangels

[1]) Kohler S. 68, 69. A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 71, der annimmt, abgesehen von § 198 könnte nur über das Vermögen jur. Personen das Kv. eröffnet werden.

[2]) Oetker a. a. O. S. 74. A. M. Kohler S. 69, 70, der annimmt, dass ein Kv. über das Vermögen der Gemeinschaft und ausserdem ein solches über das Vermögen des Ehemannes und der Ehefrau eröffnet werden könne; ferner Boscher im württ. Arch. Bd. 10 S. 360; Fitting § 22 Anm. 11; v. Völderndorff Bd. 2 S. 474 zu § 37 Nr. II C.

[3]) Kohler S. 69 Anm. 1.

[4]) A. M. Kohler S. 71, 72.

[5]) v. Sarwey S. 274 Anm. *, S. 582; v. Wilmowski S. 308; Kohler S. 540; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 74; Schröder und Gierke in Bekker und Fischer, Beitr. zur Erläuterung d. Entw. eines

an Masse, Zw.-V. u. s. w.) aufgehoben oder eingestellt werden, während das andere fortdauert. Wenn Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, kann allerdings der Fall eintreten, dass nach der K.-E. über das Vermögen des Ehemannes der Anteil der Ehefrau am gemeinschaftlichen Vermögen durch die Heranziehung zur Tilgung der Schulden des Ehemannes erschöpft wird und dass diejenigen Gläubiger der Ehefrau, welche sich nur an den reinen Anteil der letztern am Gemeinschaftsvermögen halten können, leer ausgehen. Aber dieser Umstand kann es nicht rechtfertigen, dass ein Kv. in Ansehung des Vermögens beider Ehegatten als einer juristischen Einheit eröffnet wird, denn nach der K.-O. ist in jedem Kv. nur ein Gemeinschuldner vorhanden, zu dessen Vermögen die Masse gehört. Den Gläubigern der Ehefrau wird in einem solchem Falle auch dadurch nicht geholfen, dass gleichzeitig mit dem Kv. über das Vermögen des Ehemannes dasjenige über das Vermögen der Ehefrau eröffnet wird, weil nach Abzug der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen lastenden Schulden nichts übrig bleibt, es also bezüglich des zweiten Kv. an einer Masse fehlt und auch durch Geltendmachung des nach §§ 14, 44 begründeten Anspruches auf Teilung und abgesonderte Befriedigung ein der Ehefrau zustehender Anteil am reinen Gemeinschaftsvermögen nicht aus der Masse über das Vermögen des Ehemannes ausgeschieden werden kann. Unter dieser Voraussetzung kann daher der K.-V. die auf den Namen der Ehefrau erworbenen Forderungen als Bestandteil des für die Schulden des Ehemannes haftenden Vermögens einziehen, insbesondere zugunsten der Masse einklagen. [1]) Auch die Aussonderung einzelner beweglicher Sachen (§ 37) kann ein anderes Ergebnis nicht herbeiführen, weil diese Sachen aus gemeinschaftlichen Mitteln angeschafft worden, also zur Tilgung der Gemeinschaftsschulden zu verwenden sind. Anders verhält es sich nur dann, wenn nach Landesrecht ungeachtet der bestehenden „allgemeinen Gütergemeinschaft“, ein Sondererwerb zulässig und die Anschaffung einzelner Sachen aus solchem Sondervermögen bestritten worden ist. [2])

Im Gebiet des rhein. Rechts ergreift ein über das Vermögen des Ehemannes eröffnetes Kv. auch dasjenige Vermögen, das zur (gesetzlichen) G.-G. gehört, da der Ehemann diese verwaltet und sie für seine Schulden haftet. Die Ehefrau ist zu diesem Kv. nicht herbeizuziehen. Ist das Kv. gegenüber beiden Eheleuten eingeleitet worden, aber anzunehmen, dass es nur über das Vermögen des Ehemannes und die G.-G. eröffnet werden sollte, so haftet die Ehefrau dessen ungeachtet für die im Verfahren angemeldeten Forderungen nicht, wenn sie in wirksamer Weise auf die G.-G. verzichtet hat (vgl. Bem. II. 2 zu §§ 129 ff.). [3])

II. Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit.

1) Während nach gemeinem Rechte und nach den meisten darauf beruhenden Landesgesetzgebungen die K.-E. voraussetzte, dass die Vermögensunzulänglichkeit d. h. eine Überschuldung des Schuldners nachgewiesen werde, und nach der pr. K.-O. (§ 322) dieser Nachweis wenigstens insoweit erforderlich war, als es sich nicht um einen kaufmännischen sondern nur um einen gemeinen Konkurs handelte, kommt es nach der K.-O. nicht darauf

B.-G.-B. Heft 15 S. 42, Heft 18 S. 91 Anm. 110; Stobbe, Deutsch. Privatr. Bd. 4 § 238 Nr. III. 4. R.-G. (IV.) 10. März 1884, Entsch. Bd. 11 S. 64; O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 126 ff. O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1889, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 177. A. M. Fitting § 22 Anm. 11; Gierke, Gen.-Theorie S. 399 Anm. 1; Stieglitz S. 238, 239; v. Völderndorff Bd. 1 S. 474 Anm. 10; Willenbücher S. 78.

[1]) Schröder und Gierke a. a. O., Kohler S. 691, 700. Das R.-G. (IV.) 5. April 1883, Entsch. Bd. 8 S. 102 ff. hat diese Möglichkeit nicht berücksichtigt, indem es ganz allgemein die Klage des K.-V. für unbegründet erklärte.

[2]) v. Wilmowski S. 188.

[3]) Landg. Metz 27. März u. O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 126.

an, ob das vorhandene Vermögen an sich zur Zahlung der Schulden ausreicht. Vielmehr ist bei Kaufleuten und Nichtkaufleuten lediglich die Zahlungsunfähigkeit entscheidend. Ist diese vorhanden, so bedarf es eines Nachweises der Vermögensunzulänglichkeit nicht. Liegt eine Zahlungsunfähigkeit nicht vor, so genügt auch die nachgewiesene Überschuldung nicht, um den Antrag auf K.-E. zu rechtfertigen.

2) Gleichwohl bleibt die Thatsache der Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Vermögens, insbesondere bei Nichtkaufleuten, nach wie vor von Bedeutung für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Diese besteht in dem Fehlen bereiter Mittel zur Tilgung fälliger Schulden[1]). Der blosse Mangel an Mitteln zur Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten insbesondere Mangel an Zahlungsmitteln zu einer Zeit, zu welcher nichts zu zahlen ist, genügt deshalb nicht. Vielmehr muss sich dieser Mangel bereits für Dritte fühlbar gemacht haben. Es muss sonach eine Thatsache feststehen, in welcher sich der Mangel an Zahlungsmittel geäussert hat und wirksam geworden ist. Hat der Gemeinschuldner die Mittel, allen Verbindlichkeiten zu genügen, deren Erfüllung von ihm verlangt werden kann, so darf eine Zahlungsunfähigkeit nicht deshalb angenommen werden, weil er die nicht fälligen Verbindlichkeiten, z. B. die erst nach mehreren Monaten fälligen Wechsel im Augenblick nicht bezahlen könnte. Sonst würde sich auch ein Schuldner, dem seine sämtlichen Gläubiger längere Zahlungsfristen bewilligt haben, obgleich er genügende Mittel zur Bestreitung aller Ausgaben besitzt, im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinden. [2]) In der Regel wird diese Zahlungsunfähigkeit in einer Erklärung oder sonstigen Handlung des Schuldners ihren Ausdruck finden; sie kann sich aber auch aus andern Thatsachen, insbesondere aus Handlungen der Gläubiger in Verbindung mit Unterlassungen des Schuldners ergeben. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung ist es der Beurteilung des Richters überlassen, welche Thatsachen er im einzelnen Falle als unzweideutige Zeichen der Zahlungsunfähigkeit ansehen will. Eine erschöpfende und ausschliessende Aufzählung aller sogenannten Bankerotthandlungen nach dem Muster der engl. und nordamerik. Konkursgesetze wurde bei Aufstellung der K.-O. als unmöglich, die Anführung von Beispielen als entbehrlich angesehen. Nur der am häufigsten eintretende Fall des Hervortretens der Zahlungsunfähigkeit nämlich die Zahlungseinstellung wurde in der Form einer Beweisregel besonders hervorgehoben, so dass der Beweis der Zahlungseinstellung denjenigen der Zahlungsunfähigkeit ersetzt. Bezüglich der ersteren vgl. Bem. I. 3 zu § 23. [3]) Immerhin wird auch bei der Zahlungseinstellung vorausgesetzt, dass sie eine Wirkung der Zahlungsunfähigkeit ist, in dieser ihren Grund hat. Es ist sonach der Beweis zulässig, ungeachtet der (anscheinenden) Zahlungseinstellung habe Zahlungsunfähigkeit nicht vorgelegen. [4]) Die beiden Begriffe decken sich nicht. Auch ist die Zahlungseinstellung nicht die einzige Form, in welcher sich die Zahlungsunfähigkeit äussern kann. Ein Antrag von Websky, nach welchem Zahlungsunfähigkeit „erst" dann angenommen werden sollte, wenn eine Zahlungseinstellung erfolgt sei, wurde vom Antragsteller zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Der Antrag entspreche den jetzt herrschenden Anschauungen nicht. Vielleicht gelange man später dahin, die Zahlungseinstellung als das Kriterium für die K.-E. hinzustellen. Zur Zeit sei es bedenklich, die Zahlungseinstellung als die einzige Form der

[1]) R.-G. (VI.) 15. März 1888, Jur. Woch. 1888 S. 167, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 281 u. Gruchot Bd. 32 S. 1163.

[2]) Vgl. noch Dernburg Bd. 2. § 113; Kohler S. 92; Stieglitz § 94 Nr. 1; v. Wilmowski Vorbem. zu §§ 94 ff. S. 306. A. M. Oetker Grundbegr. Bd. 1 S. 174, 180.

[3]) Vgl. noch O.-L.-G. Hamburg 10. Dez. 1887, hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 9 S. 124, nach welchem die Flucht des Schuldners wegen Wechselfälschung an sich keinen Beweis dafür liefert, dass eine Zahlungseinstellung stattgefunden habe.

[4]) Bülow im Arch. f. c. Pr. Bd. 62 S. 41 Anm. 37; v. Sarwey S. 581; Willenbücher S. 149 Nr. 2; v. Wilmowski S. 309 Nr. 4; R.-G. (III. Strafs.) 22. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 294.

Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Im praktischen Resultate würde übrigens der Antrag Websky ziemlich auf dasselbe hinauskommen wie der Entwurf" (K. S. 71—73).

3) Hullmann erwähnte in der Reichstagskommission einen Fall, für welchen ihm das Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit mit Rücksicht auf die C.-P.-O. als bedenklich erschien. „Nach § 715 Z. 5 sei das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Inventar eines Landguts von der Zwangsvollstreckung ausgenommen. Gegen einen Pächter also, der ausser dem unentbehrlichen Inventar nichts weiter besitze, würde die Zwangsvollstreckung nicht statthaft sein. Eigentliche Zahlungsunfähigkeit brauche aber deshalb nicht vorzuliegen, da der Pächter von dem Inventar etwas veräussern könne, wenn er auch vielleicht dadurch seine Wirtschaft schädige oder ruiniere. Der Fall sei also der, dass der Schuldner zahlen könne, aber nicht zahlen wolle. Er — Redner — nehme an, dass solchenfalls K.-E. zulässig sein müsse." Bezüglich dieses Falles, dem nach § 1 Abs. 3 K.-O. die Fälle gleichstehen, in welchen ein Apotheker oder ein Posthalter nichts als das zur Apotheke bezw. zur Posthalterei erforderliche Inventar besitzt (§ 715 Z. 8 C.-P.-O., § 20 Reichspostges. v. 28. Okt. 1871), traten in der Kommission sehr verschiedene Auffassungen hervor. Hagens bemerkte: „Der Richter dürfe Zahlungsunfähigkeit nur dann annehmen, wenn er überzeugt sei, dass der Schuldner nicht habe zahlen können. In dem fraglichen Falle würde, so wie er gestellt sei, weder eine Zahlungsunfähigkeit noch eine Zahlungseinstellung, ebensowenig aber eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden müssen. Wenn hiernach vielleicht ein böswilliger Schuldner, trotzdem er es könnte, nicht zahlen wolle, so würde der Übelstand nicht in der Bestimmung der K.-O., sondern in einer zu milden Ausdehnung der Bestimmung der C.-P.-O. über Befreiung von der Zwangsvollstreckung zu suchen sein." Dagegen bemerkte Goldschmidt: „Er halte es für juristisch zweifellos, dass der Schuldner, der nicht zahlen wolle, demjenigen gleichgestellt werden müsse, der nicht zahlen könne." Andrerseits äusserte Hauser: „Er könne nicht annehmen, dass eine bloss böswillige Zahlungsverweigerung der Zahlungsunfähigkeit gleichstehen solle; eine solche Verweigerung sei nur ein Grund zur Zwangsvollstreckung, kein Grund zur K.-E. In dem von Hullmann angeführten Falle werde übrigens Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sein. Denn wenn der Schuldner nur das unentbehrliche Inventar und kein weiteres Vermögen besitze, jenes aber der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen werden könne, so sei er in der That zahlungsunfähig" (K. S. 71—73). Die letztere Ansicht ist die richtige. Hat ein Schuldner ausser solchen Gegenständen, welche ihm nach dem Gesetze nicht entzogen werden dürfen, keine Mittel zur Befriedigung der Gläubiger, so ist er ebenso zahlungsunfähig, wie derjenige, welcher zwar mittelst einer ihm angebotenen Unterstützung zahlen könnte, diese aber zurückweist, weil er auf solche Weise nicht zahlen will.

§ 95.

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden.

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger berechtigt.

§ 96.

Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so hat er ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner sowie eine Übersicht der Vermögensmasse bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern.

§ 97.

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen, wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht werden.

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören.

(E. §§ 95—97; M. S. 325—329; K. S. 73—77, 162; pr. K.-O. §§ 118, 321.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Nach § 95 kann die K.-E. nur auf Antrag, nicht von Amts wegen verfügt werden, und zwar muss der Antrag noch in dem Augenblicke vorliegen, in welchem das Kv. eröffnet werden soll. Der Antrag kann sowohl schriftlich als zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden. Mit Rücksicht auf § 23 K.-O. ist die Stunde der Einreichung bei Gericht bezw. der Erklärung zu Protokoll genau zu beurkunden. Bis zum Beschlusse über die K.-E. sind die Verhandlungen nur vorbereitende, welche durch die Zurücknahme des sie veranlassenden Antrages ihre Bedeutung verlieren. Mit dieser Zurücknahme kommt sonach die Sache in die Lage, als wenn ein Antrag überhaupt nicht gestellt worden wäre, weshalb ein anderer Gläubiger in das Verfahren nicht eintreten kann, sondern den Erfordernissen des § 97 vollständig genügen muss. Der Gemeinschuldner darf wie jeder andere Antragsteller den von ihm gestellten Eröffnungsantrag zurücknehmen, solange ein Eröffnungsbeschluss noch nicht gefasst ist. Durch den Erlass dieses Beschlusses, nicht erst durch dessen Zustellung, wird eine wirksame Zurücknahme des Antrages ausgeschlossen; denn der Eröffnungsbeschluss als solcher hat die in den §§ 5 und 6 vorgesehenen Wirkungen, ohne dass es auf die Zeit der Zustellung ankommt. § 243 C.-P.-O. kann in diesem Falle keine Anwendung finden. Eine Vernehmlassung des Schuldners über den Eröffnungsantrag in mündlicher Verhandlung erfolgt hier überhaupt nicht. Auch ist dessen Anhörung (§ 97) nicht als eine Äusserung zur Hauptsache im Sinne des erwähnten § anzusehen. Vielmehr hat sich der Schuldner nur über die Voraussetzungen der K.-E. zu erklären. Es besteht deshalb auch kein Grund, zwischen dem Antrage des Gemeinschuldners und demjenigen eines Gläubigers zu unterscheiden. Bis zum Eröffnungsbeschlusse kann der Antrag stets, nach der K.-E. auch derjenige des Gläubigers nicht mehr zurückgenommen werden, gleichviel ob der Schuldner gehört wurde oder nicht.[1]) Auch dann ist die Zurücknahme des von einem Gläubiger gestellten Antrages nach stattgehabter K.-E. ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner gegen den Eröffnungsbeschluss Beschwerde eingelegt hat, denn durch diese Beschwerde wird das

[1]) Endemann S. 76, 80; Fitting § 35 Anm. 9; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 176; v. Sarwey S. 586; Willenbücher S. 150 Nr. 4; v. Wilmowski S. 315 Nr. 6, und soweit es sich um den Schuldner handelt, v. Völderndorff Bd. 2 S. 181. Letzterer will jedoch (S. 185) dem Gläubiger das Recht der Zurücknahme von dem Augenblicke an entziehen, in welchem der Schuldner gehört worden ist.

einmal eröffnete Kv. nicht beseitigt; der Gläubiger kann sonach durch deren Einlegung das durch den Eröffnungsbeschluss verloren gegangene Recht der Zurücknahme des Antrages nicht wieder zurückerlangen. Dieser Beschluss kommt vielmehr auch solchen Gläubigern zu gut, welche einen Antrag nicht gestellt hatten.[1])

2) Nach § 82 G.-K.-G. hat jeder Antragsteller, also auch der Schuldner, welcher selbst die K.-E. beantragt, einen Gebührenvorschuss in der durch § 53 Abs. 1 G.-K.-G. bestimmten Höhe einzuzahlen. Die Wertklasse richtet sich nach dem Betrage der Aktivmasse (§ 52 G.-K.-G.). Bezüglich deren Höhe werden zunächst die Angaben des Antragstellers maassgebend sein. Diesem kann übrigens nach § 106 C.-P.-O. (vergl. § 65) das Armenrecht bewilligt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu vorliegen. Ergiebt sich bei der Prüfung des Gesuches, dass die Masse nicht einmal zur Bestreitung der Massekosten hinreicht, so ist das Armenrecht zu verweigern, denn in diesem Falle ist die K.-E. nach § 99 abzulehnen, der beabsichtigte Antrag sonach aussichtslos.[2])

3) Die Voraussetzungen, unter welchen dem Antrage stattzugeben ist, sind in den §§ 94, 96, 97 (Bem. II. u. III.) angegeben. Hiernach wird, gleichviel ob der Antrag vom Gemeinschuldner oder von einem Gläubiger ausgeht, nicht vorausgesetzt, dass das Vorhandensein mehrerer Gläubiger nachgewiesen werde.[3]) Bei dem Vorhandensein eines einzigen Gläubigers wird das Kv. allerdings nicht leicht beantragt werden. Dasselbe kann übrigens wegen § 1 Abs. 3 noch Aussicht auf Befriedigung bieten, obgleich keine der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände vorhanden sind; sonach kann auch der einzige Gläubiger Interesse an der K.-E. haben.

Bezüglich der Ausdrücke ,,Gemeinschuldner" und „Konkursgläubiger", welche auch hier gebraucht werden, obgleich ein Kv. zur Zeit der Antragstellung noch nicht besteht, vgl. Bem. II. 2 zu § 23 a. E. S. 120.

II. Antrag des Gemeinschuldners.

1) Der Gemeinschuldner hat das Recht, die K.-E. zu beantragen in allen Fällen. Für Kaufleute wie für Nichtkaufleute besteht die, wenigstens moralische, Verpflichtung, ihre Gläubiger gleichmässig zu befriedigen und zu verhindern, dass einzelne vollständige Zahlung erhalten, andere leer ausgehen. Damit sie dieser Verpflichtung genügen können, ist es ihnen gestattet worden, im Falle ihrer Zahlungsunfähigkeit stets die K.-E. zu beantragen.

2) Der Gemeinschuldner hat, wenn er die K.-E. beantragt, nicht wie die K.-Gl. (Bem. III. 2) das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit in besonderer Weise glaubhaft zu machen. Durch die ihm zur Pflicht gemachte Vorlegung oder unverzügliche Nachlieferung einer Vermögensübersicht soll aber dem Gerichte gleichfalls eine Grundlage zur Beurteilung der Frage verschafft werden, ob er zahlungsunfähig ist. Dem Antrag des Schuldners, dem ebensowenig wie den K.-Gl. das Recht zusteht, die K.-E. unter anderen als den gegesetzlichen Voraussetzungen zu verlangen, liegt ebensowenig ein Verfügungsrecht als dem Antrag der K.-Gl. ein „Exekutionsrecht" zu Grund.[4]) Das Kv. hat denn auch, wenn die

[1]) v. Sarwey a. a. O.; v. Wilmowski S. 323 Nr. 2. A. M. Wengler S. 496; Willenbücher S. 151.

[2]) v. Sarwey S. 584 und Willenbücher S. 150 Nr. 3 erwähnen das Armenrecht nicht, sondern nehmen an, das Gericht könne von der Vorschussleistung ohne weiteres absehen. Vgl. noch Justizzeit. 1880 S. 33, 37.

[3]) Dernburg Bd. 2 § 113 Anm. 3; Kohler S. 67, 68; Oetker Grundbegr. Bd. 1 S. 56; Petersen in Buschs Z. Bd. 9 S. 6 und die Kommentare. R.-G. (III) 18. Dez. 1883, 11. Jan. 1884, Jur. Woch. 1884 S. 90 Nr. 33, Entsch. Bd. 11 S. 40 ff., bes. 42. A. M. Endemann S. 35, 36; Meisner S. 272; Hellmann, Lehrb. S. 983.

[4]) So Kohler S. 86 ff.

K.-E. vom Gemeinschuldner beantragt wird, denselben Charakter, wie wenn ein K.-Gl. den Antrag stellt. Es handelt sich dabei, wie schon das Antragsrecht des Schuldners erkennen lässt, nicht um ein von den Gläubigern betriebenes Vollstreckungsverfahren, sondern um eine Art von Liquidation oder um ein „Befriedigungsverfahren" von besonderer Beschaffenheit (Bem. I. 1 zu § 2 u. Bem. I. zu § 5).[1]) Die landesrechtlich vorgeschriebenen formellen Erfordernisse eines Vermögensverzeichnisses sind für diese Übersicht nicht wesentlich; sie muss, um ihrem Zwecke zu entsprechen, nur ersichtlich machen, welche Vermögensstücke einem Anspruche auf Herausgabe oder abgesonderte Befriedigung unterliegen. Bei zweifelhaften Forderungen ist der wahrscheinliche Wert, bei den Schulden ausser dem Betrage auch der Rechtsgrund anzugeben. Das gleichzeitig einzureichende Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner ist mit Rücksicht auf die nach der K.-E. sofort zu erlassenden Benachrichtigungen (§ 103) erforderlich; wünschenswert wird in vielen Fällen auch die Bezeichnung der Wohnung sein. Da das Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner eine Übersicht über den Vermögensstand gewähren soll, sind nicht nur deren Namen, sondern auch die Beträge der Forderungen anzugeben. Die Gläubiger, welche am Kv. nicht teilnehmen dürfen (§ 56 Z. 3 u. 4), sind mit Rücksicht auf den Zweck der Vermögensübersicht und des Verzeichnisses sowie wegen der Möglichkeit eines Rechtsirrtums immerhin in das Verzeichnis aufzunehmen, jedenfalls aber bei der Vermögensübersicht zu berücksichtigen. Der Gemeinschuldner hat zur Begründung seines Antrages auch darzulegen, dass eine Zahlungsunfähigkeit bestehe, weil genügende Mittel zur Befriedigung der Zahlung fordernden Gläubiger nicht vorlägen (Bem. II. 2 zu § 94). Der Nachweis einer Überschuldung ist, auch wenn der Gemeinschuldner die K.-E. beantragt, weder notwendig noch ausreichend. Das Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner soll nur ausweisen, welche Zahlungen in der nächsten Zeit zu leisten und inwieweit die vorhandenen Forderungen etwa geeignet sind, flüssige Zahlungsmittel zu liefern.[2])

3) Aus § 96 folgt nicht, dass die K.-E. stattfinden muss, wenn seinen formellen Vorschriften genügt ist. Vielmehr kann das Gericht den Antrag auch dann zurückweisen, weil die Voraussetzungen des § 94 nicht vorliegen. Im Entwurfe war gesagt, dass es eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit nicht bedürfe, wenn die K.-E. vom Gemeinschuldner beantragt werde; diese Vorschrift wurde aber in der Reichstagskommission gestrichen. Hagens erklärte zwar: „Nach Abs. 1 des § 96 solle der Richter dem Antrage des Schuldners stattgeben können, und in der Regel stattgeben, ohne in dieser Hinsicht ausser dem beigebrachten Verzeichnisse noch weitere Ermittelungen anordnen zu müssen. Die fragliche Vorschrift besage durchaus nicht, dass der Richter dem Antrage in jedem Falle und selbst dann entsprechen müsse, wenn er die Überzeugung habe, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig sei, den Antrag vielmehr aus Chikane gegen seine Gläubiger oder um sich drohenden Einzelpfändungen zu entziehen, oder um einen günstigen Zwangsvergleich herbeizuführen, gestellt habe. Dies ergebe sich aus § 94." Auch sprach sich ein Mitglied der Kommission in demselben Sinne aus. Trotzdem wurde die Streichung beschlossen, weil man eine abweichende Auffassung seitens einzelner Gerichte befürchtete (K. S. 74—76). Wenn das Gericht die Überzeugung, dass der Gemeinschuldner zahlungsunfähig sei, nicht gewinnt, hat es den Antrag sofort zurückzuweisen, weil er dann nur eine böswillige Zahlungsverweigerung darstellt. § 97 Abs. 2 kommt in diesem Falle nicht zur Anwendung; also hat das Gericht keine weitern Ermittelungen anzuordnen, sondern auf Grund des ihm vorliegenden, nötigen Falls vom Gemeinschuldner zu ergänzenden Materials über den Antrag zu entscheiden.[3]) Andererseits kann, wenn die

[1]) Vgl. auch Oetker Grundbegr. Bd. 1 S. 13—20, 30 ff., 128 ff. A. M. Kohler S. 1 ff., 98 ff., der annimmt, den K.-Gl. stehe ein pfandrechtartiges »Beschlagsrecht« zu und das Kv. als eine Art von Zwangsvollstreckung (»Selbsthilfeverfahren«) auffasst.

[2]) Hellmann, Lehrb. S. 982, 983; v. Völderndorff Bd. 2 S. 182, 183.

[3]) A. M. nur Willenbücher S. 151 Nr. 1b. und v. Wilmowski S. 312 Nr. 2 a. E.

Zahlungsunfähigkeit angenommen wird, der Widerspruch aller Gläubiger die K.-E. nicht hindern. [1])

4) Solange der Gemeinschuldner der Vorschrift des § 96 nicht genügt hat, ist sein Antrag formell unvollständig. Das Gericht kann deshalb zunächst die Vorlage des Vermögensverzeichnisses nebst Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner verlangen und, solange dies nicht geschehen ist, den Antrag unerledigt lassen. Es braucht dies aber nicht zu thun, kann vielmehr, wenn es aus dem vom Gemeinschuldner vorgelegten Material die Überzeugung gewinnt, dass eine Zahlungsunfähigkeit bezw. Zahlungseinstellung vorliege, das Kv. eröffnen, obgleich der Gemeinschuldner den formellen Vorschriften nicht oder nur unvollständig genügt hat. Nicht die Erfüllung dieser Verpflichtung, sondern die Zahlungsunfähigkeit ist gesetzliche Voraussetzung der K.-E. Auch ist in § 96 die Nachlieferung ausdrücklich vorgesehen. Durch eine zu formalistische Behandlung würden die Gläubiger insbesondere die auswärts wohnenden sehr leicht zum Vorteil eines die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers geschädigt und unnötige Anfechtungsprozesse veranlasst werden. Die Nachlieferung der Verzeichnisse nach der K.-E. kann vom Gemeinschuldner unter allen Umständen gefordert werden und ist nicht zwecklos, weil sie die Aufgabe des K.-V. (§ 114) erleichtert. [2])

III. Antrag eines Gläubigers.

1) Nach § 95 ist jeder K.-Gl., möge seine Forderung noch so gering sein und möge er für sie einen vollstreckbaren Titel haben oder nicht, zur Antragstellung berechtigt. Der Ausdruck K.-Gl. ist hier wie in § 23 hypothetisch gebraucht. Es ist jede Person antragsberechtigt, welche eine Forderung behauptet und glaubhaft macht, die als Konkursforderung im Sinne des § 2 zu betrachten wäre, wenn im Augenblick der Antragstellung das Kv. schon eröffnet sein würde. Dass erst später die Forderung des beantragenden Gläubigers als „begründet“ festgestellt wird, ist für die Gültigkeit des Kv. unerheblich. [3]) Da das Kv. kein Zwangsvollstreckungsverfahren ist (Bem. I. zu § 5), setzt es auch bei dem es beantragenden Gläubiger keinen Vollstreckungstitel voraus. Andrerseits ist die K.-E. auch nicht selbst ein Vollstreckungstitel für die einzelnen Forderungen. [4]) Eines solchen bedürfen die Gläubiger, damit sie am Kv. teilnehmen dürfen, nicht. Erst die Eintragung in die Tabelle gibt dem anmeldenden Gläubiger eine Art von Vollstreckungstitel, indem sie wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber den übrigen K.-Gl. wirkt. Aber auch sie hat diese Wirkung dem Gemeinschuldner gegenüber nur, wenn er die Forderung nicht bestritten hat (§§ 133 u. 152). Das Antragsrecht steht auch den Gläubigern zu, deren Forderung eine bedingte oder betagte ist. Gerade sie können das dringendste Interesse haben, dass dem fortschreitenden Vermögensverfall des Gemeinschuldners oder der sie gefährdenden Befriedigung anderer Gläubiger Einhalt gethan werde. Aus diesem Grunde wurden auch die bevorrechtigten K.-Gl. als Antragsteller zugelassen (M. S. 326). Dagegen wird eine Forderung vorausgesetzt, deren Erfüllung der Gläubiger vom Gemeinschuldner fordern und nötigenfalls erzwingen kann. Es genügt sonach nicht, dass eine obligatio naturalis besteht. [5]) Dass ein Absonderungsberechtigter, dem eine Konkurs-

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 174 lit. b.

[2]) Fitting S. 284 § 35 Nr. III.; Hullmann S. 241; König S. 55; v. Sarwey S. 589; Wengler S. 485; v. Wilmowski S. 312 Nr. 3. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 184.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 173 scheint wirklich vorhandenes Gläubigerrecht vorauszusetzen, während er es S. 54, 55 nicht als Gültigkeitsbedingung nennt.

[4]) So Kohler S. 528 ff. Mit der obigen Ansicht steht nicht im Widerspruche die Eigenschaft des Eröffnungsbeschlusses als Vollstreckungstitel für Handlungen des K.-V. (Vorbem. 4 zu §§ 107 ff., Bem. 1 zu §§ 116, 117).

[5]) Vgl. Kohler S. 88.

forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, die K.-E. beantragen kann, ergiebt sich als logische Folgerung aus § 95. Vorerst hat der Absonderungsberechtigte, da das Absonderungsrecht erst nach der K.-E. ausgeübt wird und auch darauf verzichtet werden kann, die Stellung eines einfachen K.-Gl. Auch auf Grund einer bedingten oder betagten Forderung (§§ 58, 60) würde er zur Antragstellung berechtigt sein. Ausgeschlossen vom Rechte der Antragstellung sind dagegen solche Gläubiger, deren Forderungen in dem beantragten Kv. nicht geltend gemacht werden könnten, weil § 56 (Z. 3 und 4) zutrifft oder weil sie die ihnen zustehenden Forderungen bereits in einem frühern noch anhängigen Kv. angemeldet haben. Wegen neuer, nach Eröffnung des ersten Kv. entstandener, Forderungen können auch solche Gläubiger Eröffnung eines weitern Kv. beantragen (Bem. III. 4 zu § 1). Die Befugnis zur Beantragung der K.-E. über das Vermögen einer Handelsgesellschaft und über einen Nachlass ist in Titel VIII geregelt. Bezüglich der Befugnis, die K.-E. über das Privatvermögen persönlich haftender Gesellschafter zu beantragen, vgl. Bem. zu § 201.

2) Nach § 97 Abs. 1 hat der Antragsteller zunächst seine Eigenschaft als K.-Gl., durch die er allein zur Antragstellung berechtigt wird, sodann aber auch die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft zu machen. In den Mot. (S. 329) wurde hervorgehoben, dass die Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung durch Vollstreckungsakten und andere Urkunden oder durch Benennung von Zeugen, deren Vernehmung sofort erfolgen könne, jedenfalls ausreichend sei. Zur Glaubhaftmachung kann sich der Gläubiger der nach § 266 C.-P.-O. zulässigen Beweismittel bedienen; zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptung darf er jedoch nur insoweit zugelassen werden, als eine „thatsächliche Behauptung“ in Frage steht. Hierher gehören thatsächliche Angaben, aus welchen auf das Vorhandensein der Eigenschaft eines K.-Gl. oder der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ein Schluss gezogen werden kann. Dagegen ist diese Zahlungsunfähigkeit selbst und die Eigenschaft als K.-Gl. nicht zum Gegenstande der eidlichen Versicherung zu machen, denn dadurch würde der aus den Umständen des Falles zu ziehende, zu den Aufgaben des Richters gehörende Schluss diesem vorweggenommen (Bem I. 4 zu § 23, Bem. I. 3c zu § 24 S. 117 u. S. 132). Soweit es sich um die Zahlungsunfähigkeit handelt und auf diese daraus geschlossen werden soll, dass die Befriedigung bestimmter Forderungen verweigert worden sei, kommt es darauf an, ob die Befriedigung wegen Mangels an bereiten Zahlungsmitteln oder aus andern Gründen unterblieben ist. Wenn der Gemeinschuldner behauptet, er habe nicht gezahlt, weil diese Forderungen nicht zu Recht beständen, ist sonach zu prüfen, wie es sich damit verhält und die K.-E. abzulehnen, wenn die Behauptung des Gemeinschuldners nicht als unglaubhaft erscheint oder die vorgenommenen Ermittelungen sie wahrscheinlich machen. Die Thatsache, dass die Zahlung einer (bestrittenen) Forderung unterblieben ist, genügt für sich allein nicht, um die Annahme der Zahlungsunfähigkeit zu begründen.[1])

3) Ist die Glaubhaftmachung nicht erfolgt, so ist der Antrag zurückzuweisen (§§ 99, 101). Der die Zurückweisung enthaltende Beschluss ist nur dem Antragsteller, nicht dem Gemeinschuldner zuzustellen, weil ersterer allein Beschwerde einlegen kann.[2]) Hat der Gläubiger der gesetzlichen Vorschrift genügt, so kann nicht ohne weiteres die K.-E. verfügt werden; vielmehr ist, falls nicht die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen, erst der Schuldner gemäss Abs. 2 zu hören. Ein besonderer Beschluss über die Zulassung des Eröffnungsantrages ist nicht erforderlich. Deshalb findet, wenn ein solcher Beschluss doch ergeht, nicht Beschwerde statt.[3]) Wird vom Schuldner die behauptete Zahlungsunfähigkeit

[1]) v. Sarwey S. 591, 592 Nr. 3; ferner Buschs Z. Bd. 8. S. 182 ff.

[2]) Fitting § 35 Anm. 11; Stieglitz § 97 Abs. 1 S. 462.

[3]) O.-L.-G. Hamburg. 1 Juni 1889, hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 224; Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 252.

oder die Zahlungseinstellung, aus welcher diese zu folgern ist (Bem. II. 2 zu § 94), eingeräumt, so hat das Gericht das Kv. zu eröffnen, kann sonach weitere Ermittelungen nicht mehr anordnen. Weil ein strenger Beweis nicht erfordert wird, sondern die Glaubhaftmachung genügt, soll nur, wenn der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit nicht einräumt und dadurch die Überzeugung des Richters erschüttert wird, ein weiteres Verfahren stattfinden.[1]) Im Falle der Bestreitung hat das Gericht nähere Ermittelungen anzuordnen, wenn solche überhaupt zur Ergänzung des Beweises noch erforderlich sind. Hat das Gericht, ungeachtet der Bestreitung durch den Schuldner, die Überzeugung gewonnen, dass die Voraussetzungen des § 94 vorliegen, so bedarf es weiterer Ermittelungen nicht. Dessen Nichterscheinen ist nicht Einräumung im Sinne des § 97; es können also auch, wenn er ausbleibt, nähere Ermittelungen angeordnet werden. Dies muss aber nicht geschehen. Das Gericht wird sich in der Regel mit der vor Zulassung des Antrages erfolgten Glaubhaftmachung begnügen.[2])

Da die Anwendung des § 129 C.-P.-O. hier durch den Offizialcharakter des Kv. ausgeschlossen wird, ist auch die Verweigerung einer Erklärung seitens des Gemeinschuldners nicht ohne weiteres als Einräumung der Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Bleibt dieser aus, so braucht er nicht nochmals geladen zu werden, denn dem § 97 Abs. 2 ist wie im Falle des § 76 genügt, wenn das Gericht Gelegenheit zur Erklärung gegeben hat. Im Falle des Ausbleibens wie bei Verweigerung der Erklärung kann aber das Gericht nicht bloss Ermittelungen anordnen, sondern auch von den Zwangsmitteln des § 98 (nicht denen des § 93) Gebrauch machen.[3]) In den Fällen des § 97 Abs. 3 kann die Anhörung des Gemeinschuldners unterbleiben. Ob die Möglichkeit gegeben ist, Vertreter oder Angehörige des Schuldners an dessen Stelle zu hören, ist in das Ermessen des Gerichtes gestellt, ebenso, welche Personen Vertreter oder Angehörige sind. Als solche können auch Vertreter ohne Vollmacht und Personen, welche nicht verwandt sind, z. B. Pflegekinder, zugelassen werden.[4])

4) Erforderliche Ermittelungen sind solche, welche als notwendig erscheinen, um eine Überzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit der Einwendungen des Gemeinschuldners zu begründen. Wenn der letztere lediglich das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit in Abrede stellt oder die von ihm behaupteten Thatsachen rechtlich unerheblich sind, ist deshalb die Anordnung von Ermittelungen in der Regel nicht geboten. Behauptet der Schuldner, er habe mit seinen Gläubigern oder doch mit dem Antragsteller einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem das Kv. überhaupt oder doch in einem bestimmten Zeitraum nicht beantragt werden dürfe, so ist zunächst die Rechtsverbindlichkeit eines solchen Vertrages zu prüfen. Enthält die Einwendung des Schuldners die Behauptung, es sei ihm wegen seiner Verbindlichkeiten von den Gläubigern eine Stundung gewährt worden, so ist der Einwand erheblich, denn wenn von dem Gemeinschuldner zur Zeit Zahlung nicht gefordert werden darf, so liegt auch eine in die äussere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit nicht vor.[5]) Geht die Behauptung dahin, dass der Antragsteller versprochen habe, seine Forderung in bestimmter Frist überhaupt nicht geltend zu machen, so wird sie gleichfalls als erheblich anzusehen sein, denn ein solcher Vertrag ist bindend; der Antrag auf K.-E. aber enthält eine Geltendmachung der Forderung. Dagegen

[1]) Endemann S. 79, 80, 81; Fitting § 35 Anm. 13; Hellmann, Lehrb. S. 983; v. Sarwey S. 593 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 2 S. 190. A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 55 Anm. 2; Meisner S. 274 Anm. 4; Stieglitz S. 462 Anm. f.; Willenbücher S. 153 Nr. 4; v. Wilmowski S. 315 Nr. 4.

[2]) v. Sarwey S. 594 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 2 S. 189; v. Wilmowski S. 315 Nr. 4.

[3]) Meisner S. 273 Anm. 2; v. Sarwey S. 594 Nr. 6, der (wohl infolge eines Druckfehlers) auf § 93 verweist; Stieglitz S. 462, 463 Anm. g.

[4]) Hellmann, Lehrb. S. 984; v. Völderndorff Bd. 2 S. 192.

[5]) Ldg. Kiel 3. Juli und Ldg. Altona 8. Okt. 1886, Buschs Z. Bd. 10 S. 511—513. A. M. Seestern-Pauly ebendas. S. 513 ff., dessen Ausführungen nicht zutreffend sind.

ist die Behauptung des Schuldners, der Gläubiger habe sich nur verpflichtet, den Antrag auf K.-E. nicht zu stellen, unerheblich, weil ein solcher (prozessualischer) Vertrag nicht rechtsverbindlich ist.[1]) Übrigens können die Gläubiger eine solche Abmachung wegen Zwang oder Betrug als nichtig anfechten.[2])

5) In der Reichstagskommission wurde dem Abs. 2 auf Antrag von Vahls die jetzige Fassung gegeben, um das Missverständnis auszuschliessen, „dass es nach der Glaubhaftmachung eines weitern Nachweises nicht bedürfe.“ Dagegen wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem auch im Falle des § 97 der Schuldner zur Einlieferung des in § 96 Abs. 2 vorgesehenen Verzeichnisses und der Vermögensübersicht angehalten werden sollte, abgelehnt. Von Hagens wurde hierauf ohne Widerspruch bemerkt: „dass darnach die Vorschrift, welche den Schuldner zur Einreichung eines Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner, sowie einer Übersicht der Vermögensmasse unbedingt und allgemein verpflichte, nur dann gelte, wenn der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens selbst gestellt habe“ (K. S. 75—77). Auch wenn ein Gläubiger den Antrag gestellt hat und der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit bestreitet, darf übrigens das Gericht die Einreichung der fraglichen Schriftstücke verlangen, da sie zu den „erforderlichen Ermittelungen“ gehören kann.

§ 98.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräusserungsverbot an den Schuldner erlassen.

Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht, so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des § 12 entsprechende Anwendung.

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrages sind die angeordneten Sicherheitsmaassregeln aufzuheben.

(E. § 98; M. S. 329—331; K. S. 77, 162; pr. K.-O. § 137.)

1) Die Befugnis, in dringenden Fällen bereits vor der Beschlussfassung über die K.-E. die Verhaftung des Gemeinschuldners, eine Siegelung, den offenen Arrest und eine Beschlagnahme der Liegenschaften eintreten zu lassen, wurde in den Mot. (S. 329, 330) damit gerechtfertigt, dass der Zweck des Kv., wenn umfangreiche Ermittelungen erforderlich seien, durch Handlungen des Schuldners oder einzelner Gläubiger nicht vereitelt werden dürfe, und dass durch die Vorschriften der C.-P.-O. über das richterliche Pfandrecht (§§ 709, 810) die Gefahr einer Vereitelung dieses Zweckes seitens der pfändenden Gläubiger nicht unbedeutend erhöht werde, sonach die vorläufigen Sicherheitsanordnungen häufiger als bisher zur Anwendung kommen müssten. In § 98 K.-E. werden Sicherheitsmaassregeln aller Art

[1]) Dernburg Bd. 2 § 114 Anm. 16; Kohler S. 88, 89 u. in Gruchot Bd. 31 S. 319 ff., sowie in Buschs Z. Bd. 11 S. 309 ff.; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 175.

[2]) Vgl. Urt. des Pariser Cass.-Hofs 6. Aug. 1888, Pandectes françaises 1890 S. 102 mit Literatur.

sowohl gegen die Person des Gemeinschuldners wie gegen dessen Vermögen zugelassen. Das Gericht hat darüber nach freiem Ermessen zu entscheiden und wird sich durch die Umstände des Einzelfalles leiten lassen. Wo nicht der Gemeinschuldner selbst die K.-E. beantragt, oder deren Voraussetzungen klar vorliegen, wird es in der Regel solche Maassregeln vermeiden, welche den Kredit des Gemeinschuldners vernichten oder unwiederbringlich schädigen können. Durch Siegelung, Erlass von Veräusserungsverboten, Eintragung von Sperrvermerken in den Grund- und Hypothekenbüchern ist in vielen Fällen ein genügender Schutz für die Gläubiger ohne rücksichtslose Härte gegen den Gemeinschuldner zu erreichen. Zur Erlassung der vorgesehenen Maassregeln ist nur das Konkursgericht zuständig. Ein anderes Gericht kann Sicherheitsmaassregeln gegen den Gemeinschuldner nur unter den Voraussetzungen der §§ 796 ff. C.-P.-O. verfügen. Bezüglich der Zeit, von welcher an das Gericht die vorgesehenen Maassregeln treffen kann, enthält das Gesetz keine Beschränkung. Sie können also unmittelbar nach Einreichung des Antrages erfolgen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass eine Entscheidung erst dann getroffen wird, wenn die „Zulassung" des Antrages feststeht. Hat der Gemeinschuldner selbst die K.-E. beantragt, so werden die erforderlichen Maassregeln in der Regel gleichzeitig mit der K.-E., andernfalls je nach der vorhandenen Gefahr in dem Augenblicke verfügt werden, in welchem die Anhörung des Schuldners angeordnet wird, oder unmittelbar nachdem sie stattgefunden hat.

Die Anwendung des § 98 setzt zwar nicht voraus, dass das Kv. eröffnet oder vom Konkursgerichte in bestimmte Aussicht genommen worden ist. Das Gericht kann aber von den in Frage stehenden Befugnissen keinen Gebrauch machen, nachdem es den Antrag auf K.-E. zurückgewiesen hat. Dies ergiebt sich aus der Schlussbestimmung des §, nach welcher bei Abweisung des Eröffnungsantrages die früher angeordneten Sicherheitsmaassregeln aufgehoben werden müssen.[1]) Die Anwendung des § setzt nur einen Antrag auf K.-E., nicht einen besondern Antrag auf Anordnung von Sicherheitsmaassregeln voraus. Letztere sind vielmehr von Amts wegen anzuordnen. Die dadurch entstehenden Kosten fallen dem Antragsteller zur Last, wenn dessen Antrag zurückgewiesen wird, sind aber, wenn das Verfahren eröffnet wird, zu den Massekosten (§ 52 Z. 1) zu rechnen; denn das der K.-E. vorhergehende Verfahren bildet nach § 51 G.-K.-G. hinsichtlich der Gerichtsgebühren einen Teil des Kv.[2]) Nach der K.-E. kann das Gericht einstweilige Anordnungen zur Sicherung der Masse nicht mehr treffen.[3]) Vielmehr kommen nun die für den Fall der K.-E. gegebenen Vorschriften zur Anwendung. Der K.-V. hat sofort von der Masse Besitz zu ergreifen (§ 107). Verfügungen des Gemeinschuldners über die Masse sind nach § 6 nichtig. Der gleichzeitig mit der K.-E. zu erlassende offene Arrest (§ 108) und die Vorschrift des § 7 sollen Leistungen an den Gemeinschuldner verhindern. Die vor der K.-E. getroffenen Sicherheitsmaassregeln bleiben in Kraft, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben werden.

2) Die zwangsweise Vorführung und die Haft kommen hier nur als Sicherungsmaassregeln in Betracht. Die Haft kann nicht bloss — wie im Falle des § 93 — nach vorgängigem Gehör des Gemeinschuldners, sondern, wie sich aus der verschiedenen Fassung der beiden §§ ergiebt, auch ohne solches angeordnet werden. Der Zweck der Haft ist auch in beiden Fällen nicht der gleiche, da es sich bei § 98 im wesentlichen um einen Sicherheitsarrest handelt (§§ 798, 801 C.-P.-O.).[4]) Statt der „Haft" können übrigens, wie bei dem „persönlichen Sicherheitsarrest" der C.-P.-O., auch sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit verfügt werden. Welcher Art die Maassregeln sein sollen, wurde im Gesetze nicht bestimmt; es ist also, wie bei den „einstweiligen Verfügungen" der C.-P.-O., dem Ermessen

1) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 194 Anm. 3.

2) Meisner S. 277; Wengler S. 491 Nr. 6; Willenbücher S. 155 Nr. 7; v. Wilmowski S. 319.

3) O.-L.-G. Dresden 15. Febr. 1883, Wengler Arch. N. F. Bd. 5 S. 33.

4) Fitting § 35 Anm. 22; v. Sarwey S. 596 Nr. 2; Stieglitz S. 464; Willenbücher S. 154 Nr. 2; v. Wilmowski S. 317; A. M. Endemann § 20 Anm. 20.

des Gerichtes ein weiter Spielraum gelassen.[1]) Die Anordnung muss jedoch zur Sicherung der Masse dienen und ausserdem eine einstweilige sein; sie darf nicht derart in die Rechte Dritter eingreifen, dass daraus unersetzlicher Schaden entsteht. Hiernach kann z. B. nicht die Schliessung eines Ladens oder einer Fabrik verfügt werden. Das im Gesetze besonders hervorgehobene Veräusserungsverbot soll, abgesehen von seinen sonstigen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmenden Wirkungen, die Benachteiligung der Gläubiger durch fernere Zwangsvollstreckungen und durch das damit verbundene Pfändungspfandrecht verhindern. Die sofortige Untersagung aller Zwangsvollstreckungen, wie sie das engl. Recht gestattet, erschien als unthunlich, weil dadurch für den Fall der Zurückweisung des Eröffnungsantrages die andringenden Gläubiger in ungerechtfertigter Weise geschädigt werden könnten. Den durch Pfändung oder Arrest erworbenen Pfandrechten soll aber, sofern es zur K.-E. kommt, den K.-Gl. d. h. dem K.-V. gegenüber die dingliche Kraft versagt werden. Diese Wirkung des Veräusserungsverbotes tritt, wenn es öffentlich bekannt gemacht wurde, mit der Bekanntmachung ein, durch welche die Kenntnis des Verbotes ersetzt wird. Auf freiwillig eingeräumte Pfandrechte bezieht sich § 98 nicht (K. S. 77). Vielmehr hat es in dieser Beziehung bei dem Anfechtungsrecht sein Bewenden. Hinsichtlich der Art und Weise, in welcher das Veräusserungsverbot wirkt, vgl. Bem. 3 zu § 12. Der Richter hat die Unwirksamkeit gegenüber dem K.-V. ebenso wie die Nichtigkeit des § 6 von Amts wegen zu berücksichtigen (Bem. I. 5 zu § 6). Hatte der Erwerber von dem Veräusserungsverbote Kenntnis, obgleich es noch nicht öffentlich bekannt gemacht war, so ist die Veräusserung unwirksam. Die wirkliche Kenntnis des Verbotes kann nicht eine schwächere Wirkung haben als die nur fingierte Kenntnis.[2]) Für unbewegliche Sachen kann die Landesgesetzgebung vorschreiben, dass das Veräusserungsverbot in die öffentlichen Bücher einzutragen ist und dass von da ab keine Absonderungsrechte mehr erworben werden können. Der Erlass des Veräusserungsverbotes rechtfertigt weder die Anwendung des § 137 St.-G.-B.[3]) noch die des § 288 dieses Gesetzbuchs.[4]) Das Verbot enthält nicht die in § 137 vorausgesetzte „Beschlagnahme“, begründet überhaupt kein Machtverhältnis über das schuldnerische Vermögen zugunsten des Gerichts; ebensowenig erfüllt es das Thatbestandsmerkmal der „drohenden Zwangsvollstreckung“ in § 288, weil das Kv. nicht Zwangsvollstreckung ist (Bem. I 2 zu § 5, Bem. 1 zu § 65). Hat ein Gläubiger von der in § 744 C.-P.-O. vorgesehenen Befugnis Gebrauch gemacht, so kann er dessenungeachtet eine Pfändung nicht mehr in wirksamer Weise vornehmen, wenn zwischen der Ankündigung und dem Vollzug der Pfändung ein Veräusserungsverbot erlassen und bekannt gemacht worden ist.[5])

3) Bezüglich des Verfahrens ist zu beachten, dass alle zulässigen Sicherheitsmaassregeln unter den Begriff des Arrestes oder der einstweiligen Verfügungen fallen, sich aber dadurch von ihnen unterscheiden, dass sie nicht die Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern die aller Konkursforderungen bezwecken. Auf das Verfahren sind daher die §§ 796 ff. C.-P.-O. nur in einzelnen Punkten anwendbar. In vielen Beziehungen verbietet sich deren Anwendung schon durch die Verschiedenheit zwischen dem Kv. bezw. dem Vorverfahren und einem Rechtsstreite unter einzelnen Parteien; der Schuldner kann z. B. die Aufhebung oder Abwendung aller Vorsichtsmaassregeln nicht durch Sicherheitsleistung erwirken (§§ 803, 813 ff. C.-P.-O). Die Anwendung der §§ 803, 813 C.-P.-O. ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Geldbetrag, welcher die Erreichung des erstrebten Zweckes vollständig sichert, nicht festgestellt werden kann, vielmehr nur eine Summe, welche die Befriedigung sämtlicher

[1]) Petersen, C.-P.-O. Bem. III. 3 zu §§ 814 ff. S. 1120.

[2]) v. Mandry S. 220 § 21 Nr. II. 3; Meisner S. 276; Stieglitz S. 465; v. Völderndorff Bd. 2 S. 199; v. Wilmowski S. 319 Nr. 3 a. E.

[3]) R.-G. (III. Strafs.) 5. Dez. 1889, Entsch. in Strafs. Bd. 20 S. 244 ff.

[4]) R.-G. (II. Strafs.) 1. Apr. 1890, Jur. Woch. S. 188.

[5]) Vgl. Bem. 2 zu § 11 S. 58 mit Anm. 7, insbes. R.-G. (VI.) 3. Juli 1890.

K.-Gl. sichern, also das ganze Verfahren beseitigen und die Sicherheitsmaassregeln überflüssig machen würde, genügen könnte. Dagegen ist es zulässig, dass die Anordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht und dem Schuldner gestattet wird, deren Vollzug durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Das Gericht kann nicht gehindert sein, nach freiem Ermessen Bedingungen zu stellen und dadurch den Gemeinschuldner oder den Gläubiger vor einem unersetzlichen Schaden zu bewahren, da es in seinem Belieben steht, die Anordnung ganz zu unterlassen. Insofern kann ebenso wie bei Gestattung eines Arrestes (§ 801 Abs. 2 C.-P.-O.) verfahren werden. Auch kann das Gericht eine einzelne Maassregel z. B. die Verhaftung unterlassen, wenn der Gemeinschuldner dafür (durch Bürgschaftsleistung u. s. w.) Sicherheit bestellt, dass er sich nicht entfernt. Es ist weder nach der einen noch nach der andern Richtung beschränkt.

Soweit es sich um die Aufhebung der angeordneten Maassregeln handelt, kann das Gericht seine durch Beschwerde angegriffene Verfügung nicht mehr abändern, da die Befugnis zur Abänderung nicht wie im Falle des § 87 (Bem. III. 1 §§ 85 ff.) ausdrücklich eingeräumt ist, sonach § 540 Abs. 3 C.-P.-O. zur Anwendung kommt. Daraus folgt aber nicht, dass es dem Gericht untersagt ist, die Maassregel selbst, nachdem deren Zweck erreicht oder sie überflüssig geworden ist, wieder aufzuheben. Darin liegt an sich nicht eine Abänderung des Beschlusses. Auch sprechen dieselben Gründe, welche die Befugnis zur Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände rechtfertigen, dafür, dass auch im Kv. dieses Recht bestehe, und muss deshalb § 807 C.-P.-O. Abs. 1 entsprechende Anwendung finden. Nach der Auffassung des Verfassers der Mot. könnte die einmal beschlossene Maassregel nur im Falle der Abweisung des Eröffnungsantrages aufgehoben werden. Aber diese Äusserung ist nur auf die Aufhebung oder Zurückziehung des Beschlusses zu beziehen, jedenfalls nicht bindend. Sowie es zulässig sein muss, dass eine Sicherungsmaassregel, z. B. die Haft, nur wegen bestimmter Umstände und für die Zeit, in welcher diese bestehen, angeordnet werde, und dass sie aufgehoben wird, wenn eine Veränderung der Umstände eingetreten ist, so muss die Aufhebung auch dann gestattet sein, wenn die Beschränkung zwar nicht ausdrücklich der Anordnung beigefügt wurde, aber die Maassregel ihre Bedeutung verloren hat.[1])

Wird der Antrag auf K.-E. zurückgewiesen, so muss gleichzeitig mit der Zurückweisung auch die Aufhebung der vorläufig angeordneten Sicherheitsmaassregeln von Amtswegen erfolgen (Abs. 2; K. S. 162). Die Aufhebung tritt ebenso wie die Anordnung der Sicherheitsmaassregeln sofort in Wirksamkeit, obgleich gegen die Zurückweisung des Antrages auf K.-E. sofortige Beschwerde zusteht. Diese Beschwerde hat nach § 535 C.-P.-O. keine aufschiebende Wirkung; die Sache liegt also vorerst ebenso, als ob der Antrag sofort zurückgewiesen worden und die Anordnung der Sicherheitsmaassregeln nicht erfolgt wäre. Wird die Entscheidung des Gerichtes durch Beschwerde angefochten, so kann dieses nach § 535 Abs. 2 C.-P.-O. die einstweilige Aussetzung des Vollzugs anordnen. Ebenso kann das Beschwerdegericht nach § 535 Abs. 3 diese verfügen[2]) oder die einstweiligen Sicherheitsmaassregeln neuerdings anordnen. Die Sicherheitsmaassregeln sind ferner aufzuheben, wenn der Antrag auf K.-E. zurückgezogen wird (Bem. I. 1 zu §§ 95 ff.). Haben mehrere Gläubiger in zulässiger Weise die K.-E. beantragt, so kann die Aufhebung der einstweiligen Anordnungen nur erfolgen, wenn der Antrag von allen zurückgenommen wird, da nur dann die Sache in den frühern Stand zurückversetzt und der Anordnung die rechtliche Grundlage entzogen wird

[1]) Endemann S. 84; Fitting S. 268 § 35 Nr. IV.; Stieglitz S. 466; v. Völderndorff Bd. 2 S. 199; Willenbücher S. 155 Nr. 6; v. Wilmowski S. 319 Nr. 4. A. M. v. Sarwey S. 599, welcher annimmt, nur die zum Zwecke der Durchführung richterlicher Auflagen verhängte Haft könne nach Erreichung dieses Zweckes oder gem. § 794 C.-P.-O. wieder aufgehoben werden.

[2]) Fitting § 35 Anm. 26; Meisner S. 277; v. Sarwey S. 599; Stieglitz S. 467; Wengler S. 491 Nr. 5; Willenbücher S. 154 Nr. 6. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 199, 200; v. Wilmowski S. 319 Nr. 4; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 115 a. E.

§ 99.

Die Abweisung des Eröffnungsantrages kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E. § 99; M. S. 331; K. S. 77; pr. K.-O. §§ 120, 306, 327, 339.)

1) Das Gericht hat den Eröffnungsantrag durch Beschluss abzuweisen, wenn den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprochen worden ist oder die erforderlichen Nachweise nicht in ausreichendem Maasse beigebracht sind. Dies wurde im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, weil es selbstverständlich ist. In der Reichstagskommission wurde vorgeschlagen, in § 99 hinter „kann" das Wort „auch" einzuschalten, damit deutlich hervortrete, dass es sich hier nur um einen einzelnen Fall der Abweisung handelt. Der Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem erklärt worden war, wenn die Voraussetzungen des § 94 nicht gegeben seien, müsse die Abweisung erfolgen (K. S. 77). Die Kosten des Eröffnungsverfahrens fallen dem abgewiesenen Antragsteller zur Last (Bem. 3 zu § 98).

2) Die dem Gericht eingeräumte Befugnis hat darin ihren Grund, dass die Zulassung des Kv. über eine Vermögensmasse, welche voraussichtlich durch die Kosten aufgezehrt werden wird, niemand zum Vorteil gereicht und als eine ungerechte Härte gegen die K.-Gl erscheint, welchen § 11 jede Vollstreckung gegen den Gemeinschuldner abschneidet. Dass hier die mit Pfand-, Hypotheken- oder sonstigen Absonderungsrechten belasteten Vermögensstücke der Masse insoweit nicht zugerechnet werden dürfen, als nicht aus ihnen ein Überschuss für die K.-Gl. zu erwarten ist, ergiebt sich aus § 3. Ob die durch § 749 C.-P.-O nicht betroffenen, an die Person des Gemeinschuldners geknüpften. Einkünfte in Ermangelung andern Vermögens eine ausreichende Masse bilden, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Häufig wird die Frage deshalb zu verneinen sein, weil durch ältere Pfändungen derjenige Teil dieser Einkünfte, welcher der Vollstreckung unterliegt, auf lange Jahre hinaus in Anspruch genommen ist. In vielen Fällen wird das Gericht aber auch trotz der Geringfügigkeit der augenblicklich verfügbaren Masse das Kv. eröffnen, weil dies die Möglichkeit gewährt, auf dem Wege der Anfechtung Befriedigungsgegenstände für die K.-Gl. herbeizuschaffen, welche ihnen sonst entzogen bleiben würden (M. S. 331, 332; Bem. zu § 190).[1]) Dies ist deshalb zulässig, weil das Anfechtungsrecht nicht den K.-Gl. zusteht, sondern einen Bestandteil der Konkursmasse bildet (Bem. III. 1 zu § 5 S. 37, 38). Das Gericht wird überhaupt von seiner Befugnis nur dann Gebrauch machen, wenn die Unzulänglichkeit der Masse klar vorliegt. Die K.-E. ist der Abweisung des Eröffnungsantrages stets vorzuziehen, zumal ein genaues, das Eröffnungsverfahren verzögerndes Abschätzungsverfahren nicht vorgeschrieben wurde und das Kv. (nach § 190) wegen Unzulänglichkeit der Masse jederzeit wieder eingestellt werden kann. Der Antragsteller ist zwar nach § 82 G.-K.-G. nur zum Vorschusse der in § 53 dieses Gesetzes bestimmten Gebühr ($^3/_{10}$) verpflichtet, kann aber durch einen grösseren Vorschuss etwaige Bedenken des Richters bezüglich der Kostendeckung beseitigen.[2]) Eine Ausnahme von § 99 gilt für den Genossenschaftskonkurs nach § 93 Abs. 3 Gen.-Ges. (vergl. die Bem. hierzu).

§ 100.

Der Eröffnungsbeschluss hat die Stunde der Eröffnung anzugeben.

[1]) Endemann S. 88; Kohler S. 510; Puchelt in Buschs Z. Bd. 3 S. 9 ff. und die Kommentare; ferner: Ldg. Dresden 6. Sept. 1881, Buschs Z. Bd. 8 S. 493.

[2]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 54 Anm. 1.

Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluss erlassen ist.

(E. § 100; M. S. 332—334; K. S. 77; pr. K.-O. §§ 122 und 328.)

1) Die K.-E. hat stattgefunden, sobald der Beschluss vom Gerichte erlassen worden ist d. h. die im Gesetze vorgesehenen Verfügungen getroffen worden sind. [1]) Eine besondere Zustellung an den Gemeinschuldner ist in § 103 zwar nicht vorgeschrieben, muss aber mit Rücksicht auf § 101 sowie auf die materiellen und prozessualen Wirkungen des Beschlusses (§§ 5 ff. K.-O., § 218 C.-P.-O.) erfolgen. [2]) Nach Abs. 1 des § 100 ist die Eröffnung selbst, nicht der Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Zustellung entscheidend. Dabei kann es natürlich nicht auf den Augenblick ankommen, in welchem der Amtsrichter für sich zum Entschlusse kam, dass die K.-E. notwendig sei, sondern auf den Zeitpunkt, in welchem diesem Entschlusse Folge gegeben und er in bindender Weise ausgesprochen wurde. Dies ist aber dann geschehen, wenn der Beschluss förmlich niedergeschrieben und unterzeichnet worden ist. Dass der Richter den Entschluss zur Eröffnung des Verfahrens gefasst und den Gerichtsschreiber mit der Abfassung des Beschlusses beauftragt hat, wird nicht genügen, weil der Eröffnungsbeschluss nicht verkündet wird und dessen Vollziehung (§ 103) die schriftliche Form voraussetzt, welche in dem erwähnten Falle noch fehlt. Andererseits darf aber auch nicht mehr als die schriftliche Abfassung und Unterschrift verlangt werden [3]) Der Augenblick der Verkündung kann nicht maassgebend sein, weil eine solche überhaupt nicht vorgeschrieben ist. Auf die Zeit der Zustellung kann es aber schon deshalb nicht ankommen, weil der Richter die Stunde der Eröffnung in den Beschluss aufzunehmen hat und die Zeit der Zustellung nicht im voraus bestimmen kann. Nachträgliche Feststellung der Zustellungszeit durch den Gerichtsschreiber wäre nicht Angabe im Eröffnungsbeschlusse. [4]) Auch von der Übergabe des Beschlusses an den Gerichtsschreiber ist dessen Wirksamkeit nicht abhängig, denn diese setzt voraus, dass der Beschluss bereits in bindender Form vorliegt. [5]) Durch die Unterschrift des Beschlusses begiebt sich der Richter hiernach der Befugnis, eine andere Entscheidung zu treffen; steht aber rechtlich fest, dass das Kv. eröffnet worden ist, so kann der Richter nach § 540 C.-P.-O. den Beschluss nicht mehr abändern. Auch kann der Antrag auf K.-E. nicht mehr zurückgenommen werden, was nach den bekämpften Ansichten noch nach der Unterzeichnung des Beschlusses durch den Richter zulässig sein müsste (Bem. I. 1 zu §§ 95 ff.). Ob sich der Augenblick der Unterzeichnung leicht feststellen und die Richtigkeit der im Beschlusse angegebenen Zeit nachprüfen lässt, kann nicht entscheidend sein. Ein gesetzmässiges Verfahren liegt hiernach nur dann vor, wenn der Richter diejenige Zeit, zu welcher er den Beschluss unterzeichnet, auch darin als Eröffnungsstunde angiebt und dann den Beschluss dem Gerichtsschreiber aushändigt. Eine Vordatierung des Beschlusses, wie sie Oetker (Grundbegr. Bd. 1 S. 79, 80) annimmt,

[1]) A. M. Wengler S. 494 Nr. 2, welcher im Anschlusse an die Motive die Eröffnung erst von der Verkündung des Beschlusses an beginnen lässt, sowie Fuchs S. 117 und König S. 57.

[2]) Fitting S. 293 § 36 Anm. 13; Stieglitz S. 470; v. Völderndorff Bd. 2 S. 222.

[3]) Meves S. 120 und die Kommentare.

[4]) So auch Endemann S. 92. A. M. Fitting in Buschs Z. Bd. 10 S. 5 Anm. 14; Kohler, S. 539 und Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 25, Grundbegr. Bd. 1 S. 76, 78, 81, welcher annimmt, der Eröffnungsbeschluss sei erst dann perfekt, wenn er den Beteiligten verkündet oder zugestellt worden sei, welchem Zwecke jedoch die gemäss § 103 erfolgende Bekanntmachung nicht genüge; ebenso Deybeck in Grünhuts Zeitschr. Bd. 17 S. 362; vgl. auch Cosack in Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 564.

[5]) A. M. Fitting a. a. O. S. 5, 6; Hullmann S. 249; Meisner S. 278; v. Wilmowski S. 321 Nr. 2.

würde dem Gesetz nicht entsprechen, übrigens auch schwer ausführbar sein. Sollte der Richter den Beschluss unterzeichnen, ehe dieser vollständig ist, sonach die Zeitangabe offen lassen, so würde Abs. 2 des § zur Anwendung kommen. [1])

2) Die Zeitangabe selbst ist nicht eine Entscheidung, sondern eine Beurkundung. Daraus folgt aber nicht, dass der Eröffnungsbeschluss nicht wegen falscher Zeitangabe angefochten werden kann, denn diese letztere bildet einen wesentlichen für den Umfang der Wirkungen entscheidenden Bestandteil des Beschlusses. Eine derartige Beschwerde richtet sich jedoch gegen den Eröffnungsbeschluss als solchen, nicht gegen die Zeitangabe. [2]) Die Abhilfe gegen eine unrichtige Zeitangabe kann auch lediglich auf dem Wege der Beschwerde, nicht durch einen Gegenbeweis vor dem Prozessgerichte erlangt werden, da ein solcher Gegenbeweis nach § 382 C.-P.-O. ausgeschlossen ist [3]) und sonst in jedem Prozesse ein anderer Zeitpunkt angenommen werden könnte. Enthält der Beschluss die Angabe der Eröffnungsstunde nicht, so kann er wegen Unvollständigkeit angefochten werden. § 100 Abs. 2 bestimmt nur, was geschehen soll, wenn der Beschluss die formelle Rechtskraft beschritten hat, oder der richtige Zeitpunkt sich nachträglich nicht mehr ermitteln lässt. [4]) Wie die in Abs. 2 des § aufgestellte Rechtsvermutung erst dann unbedingt maassgebend wird, wenn der Beschluss Rechtskraft erlangt hat, so ist auch die Bezeichnung der Eröffnungsstunde erst dann unbedingt entscheidend, wenn der Beschluss nicht mehr angefochten werden kann. [5]) Begründung des Beschlusses ist nicht vorgeschrieben, aber mit Rücksicht auf das Beschwerdeverfahren angemessen.

3) Nach franz. Rechte (Art. 441 C. de com.) und nach der pr. K.-O. (§ 122) war der Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung vom Konkursgerichte bei der K.-E. festzusetzen, um die Möglichkeit abweichender Entscheidungen in den vor verschiedenen Gerichten zu verhandelnden Prozessen auszuschliessen und weil man das Konkursgericht allein für befähigt hielt, die Sachlage vollständig zu übersehen. Eine solche Festsetzung erfolgt nun nach der K.-O. nicht in allgemeiner Weise durch das Konkursgericht; vielmehr hat, wenn in einem Prozesse über die Zeit der Zahlungseinstellung Streit entsteht, darüber wie über andere Streitpunkte das Prozessgericht zu entscheiden.

§ 101.

Die sofortige Beschwerde steht gegen den Eröffnungsbeschluss nur dem Gemeinschuldner, gegen den abweisenden Beschluss nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat.

(E. § 101; M. S. 334, 335; K. S. 77, 78; pr. K.-O. §§ 120, 124, 125, 327, 330, 331.)

1) § 101 lässt die sofortige Beschwerde sowohl gegen den Eröffnungsbeschluss wie gegen den abweisenden Beschluss zu. Hiernach kommt im allgemeinen die C.-P.-O. besonders deren § 540 zur Anwendung (vgl. Bem. 3). Die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss ist in Übereinstimmung mit der pr. K.-O. nur dem Gemeinschuldner gestattet

[1]) v. Sarwey S. 605; Stieglitz S. 469. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 209 Anm. 15.

[2]) Cosack in Goldschmidts Z. Bd. 37 S. 564; Wengler S. 495; Willenbücher S. 155 Nr. 2; v. Wilmowski S. 316 Nr. 2 u. 3. A. M. Endemann S. 93; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 29; v. Sarwey S. 605; v. Völderndorff Bd. 2 S. 209.

[3]) Petersen, C.-P.-O. § 382 S. 606 und die dort angeführten Schriftsteller. A. M. Seuffert, C.-P.-O. § 382 Nr. 2, Hellmann, Lehrb. S. 536, 537.

[4]) Endemann S. 91; Wengler S. 495; v. Wilmowski S. 322 Nr. 3.

[5]) Wengler S. 495; Willenbücher S. 155 Nr. 2; v. Wilmowski S. 322. A. M. v. Sarwey S. 605; v. Völderndorff Bd. 2 S. 209, 210.

worden, weil die auf den Antrag des letztern oder eines Gläubigers ausgesprochene K.-E. im Interesse aller K.-Gl. erfolgt und deshalb nicht ein einzelner Gläubiger, dessen Interesse ein anderes sein kann, zur Beschwerde befugt sein soll. Gegen den abweisenden Beschluss steht die Beschwerde nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat; aber jedem Antragsteller, insbesondere auch dem Gemeinschuldner, welcher die K.-E. beantragte (M. S. 434, 435). Der letztere kann selbstverständlich gegen den Eröffnungsbeschluss dann Beschwerde nicht erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hat; in diesem Falle giebt es also regelmässig überhaupt keine Beschwerde. Nur dann kann auch der Gemeinschuldner den auf seinen (angeblichen) Antrag ergangenen Eröffnungsbeschluss durch Beschwerde anfechten, wenn er behauptet, der gestellte Antrag sei in Wirklichkeit nicht von ihm ausgegangen oder von ihm rechtzeitig zurückgezogen worden. [1]) Gegen den abweisenden Beschluss kann auch der Gemeinschuldner nur dann Beschwerde erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hatte; es steht aber in seiner Hand, wenn dies nicht geschehen war, nun seinerseits die Eröffnung zu beantragen und falls er zurückgewiesen wird, Beschwerde zu erheben. Dem Testamentsvollstrecker steht, wenn das Kv. über einen Nachlass eröffnet worden ist, neben den Erben die Beschwerde zu, denn es ist seine Aufgabe, den letztwilligen Verfügungen des Erblassers Geltung zu verschaffen und den Nachlass zu verwalten; er muss daher auch die rechtliche Möglichkeit haben, alles zu thun, um das Kv., welches die Erfüllung dieser Aufgabe unmöglich machen würde, zu verhindern. [2]) Wenn nach Zurückweisung eines Antrages auf den Antrag einer andern Person hin K.-E. erfolgte, so ist dadurch das Verfahren über die von dem ersteren Antragsteller eingelegte Beschwerde nicht gegenstandslos geworden, weil über die Kosten der Beschwerdeinstanz entschieden werden muss und diese Entscheidung eine Prüfung der Begründetheit der Zurückweisung voraussetzt. Es kann der erste Antrag mit Recht wegen mangelnder Glaubhaftmachung der Forderung oder der Zahlungsunfähigkeit zurückgewiesen worden sein, während der zweite Antragsteller beides glaubhaft macht; dann ist es gerechtfertigt, dass der Beschwerdeführer die Kosten des durch ihn veranlassten Verfahrens trägt. Wird aber die Beschwerde als begründet befunden, so hat die Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses und die Anordnung der K.-E. wenigstens eventuelle Bedeutung für den Fall, dass der vom zweiten Antragsteller erwirkte Eröffnungsbeschluss in der Beschwerdeinstanz nachträglich wieder aufgehoben wird. [3])

2) Bezüglich der Art und Weise, in welcher die sofortige Beschwerde zu erheben und durchzuführen ist, vgl. die Bem. zu §§ 530—540 C.-P.-O. im Kommentar von Petersen. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Bekanntmachung oder Zustellung des Beschlusses (Bem. III. 1 zu § 66). Wenn die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss Erfolg hat, so ist dieser Beschluss aufzuheben, ohne dass eine Einstellung des Verfahrens erforderlich wäre. [4]) Im entgegengesetzten Falle kann das Beschwerdegericht das Kv. selbst eröffnen, aber auch wegen der mit der K.-E. verbundenen Anordnungen, welche zum Teil nur vom Konkursgerichte ausgehen können (Bem. 1 zu §§ 103 ff.), diesem Gerichte die erforderlichen Anordnungen übertragen (§ 538 C.-P.-O.) [5]) Wird der Beschluss des Amtsgerichtes abgeändert, so kann nun der Beschluss des Beschwerdegerichtes vom Gegner angefochten werden, da dieser durch die ergangene Entscheidung zum ersten Mal beschwert wird. Dieses Recht steht auch dem Gemeinschuldner zu, wenn seine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss zurückgewiesen wurde und er einen neuen selbständigen Beschwerdegrund im Sinne des § 531 C.-P.-O. geltend machen kann, z. B. seine Beschwerde als unzulässig oder als ver-

[1]) A. M. Meves S. 124 und Wengler S. 496.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 27. Juli 1887, Hans. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. 8 S. 236.

[3]) V. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 178, 179.

[4]) Ldg. Chemnitz in Wengler, Arch. N. F. Bd. 2 S. 792.

[5]) Willenbücher S. 156 Nr. 4; v. Wilmowski S. 323 Nr. 4.

spätet zurückgewiesen worden ist. In der Reichstagskommission (K. S. 78) erwiderte Hagens auf die Bemerkung von Goldschmidt, dem Gemeinschuldner stehe nur eine einmalige Beschwerde zu, dass die weitere Beschwerde nicht schlechthin ausgeschlossen sei. [1]) Bezüglich der Zurücknahme des Eröffnungsantrages nach Einlegung einer Beschwerde vgl. Bem. I. 1 zu §§ 95 ff.

3) Da die Beschwerde aufschiebende Wirkung nicht hat, werden durch sie die Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses nicht gehemmt. Auch kann das Beschwerdegericht nicht auf Grund des § 535 C.-P.-O anordnen, dass die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses, der nach §§ 102, 103 sofort ausgeführt bezw. bekannt gemacht werden muss, auszusetzen sei. [2]) Durch einstweilige Verfügungen kann jedoch die Verwertung der Masse untersagt und in anderer Weise dafür gesorgt werden, dass schwere oder gar nicht zu ersetzende Nachteile abgewendet werden, welche den Gemeinschuldner in ungerechtfertigter Weise treffen würden, falls der Eröffnungsbeschluss aufgehoben werden sollte. [3]) Die von Rechtswegen eintretenden Wirkungen der K.-E. (§§ 5 ff.) können vom Gerichte nicht ausgeschlossen werden. Bezüglich der in § 103 vorgesehenen öffentlichen Bekanntmachung könnte übrigens eine Aussetzung durch das Beschwerdegericht auch deshalb nicht wirksam werden, weil diese Bekanntmachung sofort zu erfolgen hat, also regelmässig geschehen sein muss, wenn die Beschwerde an das Beschwerdegericht gelangt. Hat der Amtsrichter die K.-E. abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht von den Maassregeln des § 98 Gebrauch machen (Bem. 3 zu § 98). [4])

§ 102.

Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter, verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin zur Beschlussfassung über die Wahl eines andern Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses, erlässt den offenen Arrest und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin.

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange ist.

(E. § 102; M S. 335; K. S. 77, 78; pr. K.-O. § 128.)

1) Gleichzeitig mit dem Eröffnungsbeschlusse oder im unmittelbaren Anschlusse an diesen sind die erforderlichen Maassregeln anzuordnen, um die Masse zu sichern und das Verfahren in Gang zu setzen. Die Ernennung des K.-V., der Erlass des offenen Arrestes (§ 108), die Bestimmung der Anmeldefrist (§ 126) und die Ansetzung des ersten Termins sowie des Prüfungstermins sind hiernach gleichzeitig durch eine Anordnung zu erledigen. Im ersten Termin („Wahltermin") ist über die Wahl eines andern K.-V. (§ 72) sowie über die Bestellung eines Gl.-A. Beschluss zu fassen und sind die Mitglieder eines solchen zu wählen (§ 79). Hier hat auch der K.-V. über die Lage der Sache zu berichten (§ 119) und haben die K.-Gl. über die Fortführung des Geschäftes des Ge-

[1]) Vgl. dagegen Stieglitz S. 471 Anm. a. und Endemann S. 94.

[2]) Eccius Bd. 1 § 116 Anm. 1; v. Wilmowski S. 322 Nr. 1. A. M. Fitting § 35 Anm. 37; Meisner S. 279; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 9 und Grundbegr. Bd. 1 S. 116, 117; v. Sarwey S. 606 Nr. 1; Stieglitz S. 471; v. Völderndorff Bd. 2 S. 211.

[3]) Fitting § 35 Anm. 37; v. Sarwey S. 606; v. Wilmowski a. a. O.

[4]) v. Wilmowski S. 322 Nr. 1.

meinschuldners, die Hinterlegungsstelle und die Art der Geschäftsverwaltung zu beschliessen (§ 120). Wegen der Wichtigkeit dieser Fragen wurde es dem Gerichte zur Pflicht gemacht, den Termin nicht über einen Monat hinauszusetzen. Diese Frist darf hiernach nicht überschritten, es braucht aber nicht eine Frist von einem Monat gewährt zu werden. Vielmehr genügt es, dass die zwischen der Bekanntmachung und dem ersten Termine liegende Frist einerseits den Gläubigern die Möglichkeit gewährt, im Termine zu erscheinen, andererseits dem K.-V. hinreichende Zeit lässt, um sich auf seine Berichterstattung vorzubereiten. In Abs. 2 wird dem Gerichte für den Fall, dass die Masse von nicht erheblichem Umfange oder dass der Kreis der K.-Gl. ein beschränkter ist, die Befugnis beigelegt, das Verfahren durch Verbindung des Wahl- und des Prüfungstermines abzukürzen. In diesem Falle ist bei Festsetzung des Termines darauf Rücksicht zu nehmen, dass nach § 126 die geringste Dauer der Anmeldefrist mindestens drei Wochen, die Frist aber, welche zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegen muss, mindestens eine Woche beträgt (M. S. 335). Wegen des Beginnes der Frist vergl. § 68 Abs. 1. Die in Abs. 1 aufgezählten Maassregeln hat das Gericht von Amts wegen zu treffen. Es kann auch zugleich einen vorläufigen Gl.-A. bestellen (§ 79); doch wird dies nur ausnahmsweise gleichzeitig mit der K.-E. geschehen.

2) Ob der Richter von der ihm durch Abs. 2 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen will, ist in sein Ermessen gestellt. Bezüglich der Frage, ob der „Kreis der K.-Gl." von geringerem Umfange ist, wird es nicht auf die räumliche Entfernung der Gläubiger vom Sitze des Konkursgerichtes, sondern auf die Zahl der Gläubiger und der von ihnen geltend zu machenden Forderungen ankommen. Für die Zusammenlegung der Termine, welche mit einer Abkürzung der Frist nicht verbunden zu sein braucht, ist nicht der Umstand entscheidend, ob die Gläubiger in kurzer Zeit zum Gerichtssitze reisen können, sondern der Umfang der zu erledigenden Geschäfte. Ist eine kleine Zahl von entfernt wohnenden Gläubigern vorhanden, so kann die Zusammenlegung sogar ganz besonders angezeigt sein, um ihnen das mehrmalige Erscheinen und die Vertretung zu ersparen. [1])

§ 103.

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken.

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt besondere Zustellung.

§ 104.

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzuteilen.

[1]) A. M. Fitting § 36 Text und Anm. 10; v. Völderndorff Bd. 2 S. 216.

§ 105.

Sobald eine den Eröffnungsbeschluss aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat, ist die Aufhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104 finden entsprechende Anwendung.

§ 106.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

(E. §§ 103—106; M. S. 335, 336; K. S. 78, 79; pr. K.-O. §§ 123, 126, 128, 329, 331.)

1) Die in den §§ 103 und 104 vorgesehenen Bekanntmachungen und Zustellungen hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes „sofort" nach der K.-E. von Amts wegen bewirken zu lassen. Die Vorschrift betrifft mittelbar auch den Konkursrichter, der den Eröffnungsbeschluss unmittelbar nach der Unterschrift (Bem. 1 zu § 100) an den Gerichtsschreiber gelangen lassen soll. Dass zur Niederschrift des Beschlusses ein Gerichtsschreiber verwendet werden muss, folgt aus § 103 nicht.[1]) Abs. 1 dieses § entspricht Abs. 1 des § 68. Wird er nicht beachtet, so liegt eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Bekanntmachung überhaupt nicht vor. Abs. 2 dieses § entspricht dagegen dem § 68 Abs. 2. Es wird dem Richter nicht bloss eine Befugnis eingeräumt. Vielmehr soll ein Auszug aus der Bekanntmachung in den Reichsanzeiger eingerückt werden. Geschieht dies nicht, so ist aber, wenn dem Abs. 1 genügt wurde, die Bekanntmachung doch in rechtswirksamer Weise erfolgt und kann ebensowenig angefochten werden, als wenn die in Abs. 3 vorgeschriebene besondere Zustellung unterblieben ist. Um den Unterschied zwischen den beiden Verfügungen deutlicher hervortreten zu lassen, wurde von der Kommission die jetzige Fassung („unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1") beschlossen (K. S. 78).[2]) Wird die K.-E. unter Aufhebung einer abweisenden Verfügung vom Beschwerdegerichte verhängt, so hat dessen Gerichtsschreiber die vorgeschriebenen Bekanntmachungen zu bewirken, soweit sie von diesem Gerichte ausgehen können, d. h. soweit es sich um die Formel des Beschlusses und den offenen Arrest handelt.[3]) Jedoch darf das Beschwerdegericht dem Konkursgerichte die erforderlichen Anordnungen übertragen (§ 538 C.-P.-O.). Ordnet das Beschwerdegericht die Bekanntmachung an, was sich wegen der Dringlichkeit empfiehlt, so hat die Veröffentlichung in derjenigen Zeitung zu erfolgen, welche für seine Bekanntmachungen bestimmt ist.

2) Gegenstand der Bekanntmachung ist zunächst die Formel des Eröffnungsbeschlusses, zu welcher alle seine wesentlichen Bestandteile zu rechnen sind, sodann der offene Arrest, d. h. das nach § 108 ergehende Gebot und Verbot. Im Eröffnungsbeschluss ist der Gemeinschuldner, falls er Kaufmann ist, nach Namen und Firma zu bezeichnen.[4])

[1]) A. M. v. Sarwey S. 609 Nr. 1.

[2]) Fitting S. 294 § 36 a. E.; Willenbücher S. 157; v. Wilmowski S. 324 Nr. 1. A. M. v. Sarwey S. 356 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 2 S. 216.

[3]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 81.

[4]) Kohler S. 540, 541.

Die etwaige Begründung des Beschlusses ist nicht bekannt zu machen. Bezüglich des offenen Arrestes genügt es, dass auf dessen Erlass hingewiesen wird. Die Beteiligten, welche die Bedeutung dieser Einrichtung nicht kennen, haben sich danach zu erkundigen. Eine Wiederholung der in § 108 enthaltenen Bestimmungen, von welcher wegen der Kostenersparung fast durchweg abgesehen wird, erscheint umsoweniger als unbedingt geboten, als die Wirkungen des offenen Arrestes selbst dann eintreten würden, wenn nicht einmal auf dessen Erlass hingewiesen wäre. Auch eine Verweisung auf die nach den §§ 5 ff. und § 109 eintretenden Rechtsnachteile ist nicht erforderlich. Weitere Gegenstände der Bekanntmachung sind: die Anmeldefrist, der Wahltermin und Prüfungstermin, sowie (nach § 73) der Name des K.-V.

3) Unter den bekannten Gläubigern und Schuldnern, bezüglich deren die in § 103 Abs. 2 vorgesehene Bekanntmachung nicht genügt, vielmehr (in Abs. 3) eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, sind diejenigen zu verstehen, deren Namen und Wohnort dem Konkursgerichte aus dem gemäss § 96 übergebenen Verzeichnisse oder aus andern Quellen, bekannt ist; zu besondern Erhebungen ist das Gericht in dieser Beziehung nicht verpflichtet.[1]) Überhaupt gilt die in Abs. 2 vorgesehene Bekanntmachung nach § 68 Abs. 3 als genügende Zustellung an die Beteiligten, so dass eine Zuwiderhandlung gegen § 103 Abs. 3 weitere Folgen nicht hat.[2]) Dem Gemeinschuldner ist der Eröffnungsbeschluss besonders zuzustellen (Bem. 1 zu § 100). Dem Verwalter ist die K.-E. gleichzeitig mit seiner Ernennung mitzuteilen. Die in den §§ 104, 106 vorgesehenen Mitteilungen sind im öffentlichen Interesse mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben der in Frage stehenden Register angeordnet worden. Die Wirksamkeit des Beschlusses ist jedoch durch die Mitteilungen an die betreffenden Behörden und die Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht bedingt.[3]) Bei Anwendung des § 111 können weitere Mitteilungen an die Post- und Telegraphenbehörden erforderlich werden.

4) Wird vom Amtsgerichte oder Beschwerdegerichte die K.-E. beschlossen, dieser Beschluss aber zufolge einer Beschwerde vom höhern Gerichte aufgehoben, so ist nach § 105 diese Entscheidung gemäss § 68 Abs. 1 bekannt zu machen und zwar hat der Gerichtsschreiber des höheren Gerichtes für die Bekanntmachung zu sorgen, wenn nichts anderes angeordnet wird (Bem. 1). Die Verweisung auf § 103 Abs. 2 und § 104 wurde von der Reichstagskommission beschlossen, damit die Aufhebung in derselben Weise wie die Eröffnung bekannt gemacht werde. Auf die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses zu unterscheiden ist, bezieht sich § 106 nicht; jedoch enthalten die §§ 151 und 175 gleiche Bestimmungen.

5) An die Unterlassung des Vermerkes in den Grund- und Hypothekenbüchern wurden bestimmte Rechtsnachteile nicht geknüpft, weil eine solche Bestimmung, abgesehen von sachlichen Bedenken, einen unzulässigen Eingriff in die auf unbewegliche Sachen bezüglichen Rechtsordnungen der einzelnen deutschen Staaten enthalten hätte. Nach § 6 ist zwar jede vom Gemeinschuldner nach der K.-E. vorgenommene Veräusserung oder Belastung den K.-Gl. d. h. dem K.-V. gegenüber nichtig und kommt dem Erwerber sein guter Glaube nicht zugut. Dagegen wird es nach Landesrecht verschieden zu beurteilen sein, ob der Rechtsnachfolger des Erwerbers sich dem K.-V. gegenüber auf seinen guten Glauben berufen darf, und ob derjenige, welcher unmittelbar vom Gemeinschuldner erworben hat, Dritten gegenüber durch seinen guten Glauben geschützt ist. Auch von einer einheitlichen Vorschrift über die Bewirkung des Vermerks glaubte man bei Aufstellung des Entwurfes absehen zu sollen. Während im Bereiche der pr. Grundb.-O. v. 5. Mai 1872 die Vermittelung des Konkursgerichtes eintritt, kann der K.-V. sich im Gebiete des franz.

[1]) Ldg. Hall 15. Apr. 1882, württ. Gerichtsbl. Bd. 20 S. 376, Juristenzeit. Bd. 7 S. 382.

[2]) V. Ldg. Hall a. a. O.

[3]) v. Sarwey S. 611; v. Wilmowski S. 325.

Hypothekenrechtes unmittelbar an die Hypothekenbehörde wenden. Nach andern Gesetzen ist das Konkursgericht selbst berechtigt und verpflichtet, die Eintragung zu vollziehen oder zu veranlassen. Auch bezüglich der Form des Antrages und der Frage, wie ein Sperrvermerk betreffs Hypotheken des Gemeinschuldners zu bewirken, ob insbesondere auch die Schuldurkunde beizubringen und eine nicht auf den Namen des Gemeinschuldners eingetragene Hypothek zuförderst auf ihn umzuschreiben sei, sind die Landesgesetze maassgebend.[1]) Für Elsass-Lothringen ist die Eintragung durch § 36 Ausf.-Ges. v. 8. Juli 1879 vorgeschrieben. Sie erfolgt auf Ansuchen des K.-V., welcher seinem Antrage eine beglaubigte Formel des Eröffnungsbeschlusses beizulegen hat. Vgl. noch die Ausf.-Ges. für Preussen (§ 15), Bayern (Art. 33), Hessen (Art. 36), Mecklenburg (§ 10), Braunschweig (§ 16) u. s. w.

Dritter Titel.

Teilungsmasse.

(§§ 107–125.)

Vorbemerkungen.

1) Der 3. Titel hat die Aufgabe, aus den materiellen Grundsätzen des 1. Buches über Umfang und Zweck der Masse sowie über die rechtliche Stellung der am Verfahren Beteiligten die praktischen Folgerungen zu ziehen. Um das Endziel des Verfahrens, die Befriedigung der Gläubiger durch Verteilung des Vermögens ihres Schuldners, zu erreichen, bedarf es vor allem der Sicherung, Feststellung und Versilberung des Vermögens; es gilt, dasselbe teilbar zu machen, eine Teilungsmasse (Aktivmasse) zu schaffen. Gegenüber der Bevormundung des gemeinen Rechtes und dem franz.-preuss. System des schrittweisen Verfahrens unter obervormundschaftlicher Mitwirkung des Gerichtes, wird die K.-O. von dem Grundsatze der Selbstverwaltung beherrscht. Der K.-V soll das zur Masse gehörige Vermögen ohne Verzug in Besitz und Verwaltung nehmen und es in geeigneter Weise verwerten. Dadurch wird die grundsätzliche Unabhängigkeit des Verwalters für das vorliegende Gebiet festgestellt. Soweit nicht etwas anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, dürfen sich weder die Gläubiger. noch der Gemeinschuldner, noch der Gl.-A.,[2]) noch endlich das Gericht in die Geschäftsführung einmischen.

2) Während im gemeinen Rechte die Anwendung der für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften auf alle im Kv. zu treffenden Verfügungen hergebracht und diese auch in einzelnen neueren Gesetzgebungen ausdrücklich vorgeschrieben war, so dass insbesondere die Veräusserungen in der Form der Zwangsversteigerung erfolgten, wurde in der K.-O. von solchen Vorschriften abgesehen, welche weder mit der mehrfach betonten Auffassung von der Natur des Kv. als eines allgemeinen Liquidations- nicht Vollstreckungsverfahrens vereinbar sein noch den Rücksichten der Zweckmässigkeit entsprechen würden. Dem K.-V. wurde es vielmehr überlassen, die Verwertung in jeder geeigneten Weise herbeizuführen. Auch bezüglich der zur Masse gehörigen Liegenschaften ist Verkauf aus freier Hand zulässig. Entgegenstehende Vorschriften der Landesgesetze sind beseitigt.[3]) Ein solcher Verkauf darf nicht deshalb als ein Akt der Zwangsvollstreckung behandelt werden, weil die K.-O. nicht ausdrücklich vor-

[1]) Endemann S. 101; Fitting S. 294 § 36 a. E.; König S. 58; Meisner S. 281; Meves S. 121; v. Sarwey S. 613; Willenbücher S. 157; v. Wilmowski S. 326. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 224; der die Mitteilung ohne Rücksicht auf das Landesrecht für geboten hält.

[2]) Ldg. Dresden 29. Dez. 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 190.

[3]) O.-L.-G. Dresden 19. Aug. 1885, Ann. Bd. 7 S. 240.

geschrieben hat, dass er als solcher nicht anzusehen sei. Vielmehr ergiebt sich aus § 117, dass die Vorschriften über Zwangsvollstreckung nur insoweit Anwendung finden, als der K.-V. nach Maassgabe jener Bestimmung die Zwangsveräusserung betreibt.[1]) Für unmittelbare Anwendung des § 690 C.-P.-O. ist bei Veräusserungen, welche der K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners zum Zwecke der Durchführung des Liquidationsverfahrens vornimmt, weder ein Bedürfnis vorhanden, noch hat die K.-O. dafür Raum gelassen. Behauptet der Dritte ein Aussonderungsrecht, so kann er dieses durch Klage oder Einrede geltend machen, ohne dass er einer Berufung auf § 690 bedarf. Macht er aber ein Absonderungsrecht geltend, so steht ihm ein die Veräusserung hinderndes Recht nicht zu, weil er nach § 117 Abs. 1 der Veräusserung durch den K.-V. nicht widersprechen, sondern nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen darf, sich sonach in derselben Lage befindet wie die Gläubiger, auf welche § 710 C.-P.-O. Anwendung findet (Bem. 3 zu §§ 116, 117 S. 398). Soweit ein Absonderungsberechtigter nur Herausgabe des Erlöses vom K.-V. verlangt, bedarf er des § 690 C.-P.-O. nicht; dieser kann aber bei Verkäufen aus freier Hand auch deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil solche nicht als Zwangsvollstreckungsakte anzusehen sind.[2])

3) Die in neueren Gesetzgebungen (pr. K.-O. §§ 131, 151 ff., 211 ff., 220 ff., bayer. Pr.-O. Art. 1233 ff. und 1280 ff.) vorgesehene Scheidung zwischen einstweiliger und definitiver Verwaltung wurde bei Aufstellung des Entwurfes verworfen. Damit wurde jedoch keineswegs bezweckt, dass nunmehr unbedingt und in allen Fällen die Versilberung der ganzen Masse sofort stattfinden müsse; vielmehr wird die Selbstverwaltung, zu deren Ausübung der K.-V., allein oder im Verein mit den Gläubigern, berufen ist, sich durch entsprechende Berücksichtigung der besondern Umstände jedes einzelnen Falles zu bewähren haben. Bei Verwertung der Masse fallen die Interessen des Gemeinschuldners und der K.-Gl. im grossen und ganzen zusammen und die Beendigung des Kv. durch Zwangsvergleich ist für alle Teile gleich wünschenswert. Deshalb wird, wo die Versilberung dem Abschlusse eines Zwangsvergleiches förderlich ist, mit ihr nicht gezögert und andererseits, nicht durch unnötige Rücksichtslosigkeit bei der Versilberung dem Gemeinschuldner das Interesse am Zwangsvergleich benommen oder seine Fähigkeit, günstige Bedingungen zu stellen, beeinträchtigt werden. In § 121 Z. 1 und § 123 ist Fürsorge getroffen, dass innerhalb der Frist, welche billigerweise dem Gemeinschuldner zur Vorbereitung eines Zwangsvergleichs zu gewähren ist, ausserordentliche Verfügungen über die Masse mehrseitiger Prüfung unterliegen, und dass dabei dem Gemeinschuldner nicht nur Gehör, sondern auch die Möglichkeit gewährt wird, die Beschlussfassung des Gerichtes und der Gl.-V. über seinen etwaigen Widerspruch herbeizuführen. Mehr als eine thatsächliche Würdigung seiner Interessen, welche durch diese Bestimmungen gesichert wird, hat der Gemeinschuldner nicht zu beanspruchen (M. S. 339, 340).

4) Die in §§ 74 und 107 ausgesprochenen Grundsätze enthalten eine Richtschnur für die Verantwortlichkeit des K.-V.; dessen Amtsverrichtungen im einzelnen darzulegen, war nicht die Aufgabe des Gesetzes. Insbesondere wurde davon abgesehen, ihn besonders anzuweisen, die bestehenden Miets- und Dienstverträge aufzuheben, für Vorzeigung der Wechsel und Erhebung der Proteste zu sorgen, die Erlangung von Hypothekenrechten auf Grund erworbener, aber noch nicht eingetragener Titel zu betreiben, in schwebenden Prozessen die geeigneten Rechtsmittel einzulegen, oder endlich für die Versicherung gegen Feuers- und Seegefahr zu sorgen. In allen diesen Beziehungen hat der K.-V. die Interessen der Gläubiger und des Gemeinschuldners im Auge zu behalten. Die meisten Zweifel, welche bei der Rechtsanwendung bezüglich der dem K.-V. zustehenden Befugnisse angeregt worden sind, finden in der Fassung des § 107 ihre Erledigung. So giebt die Anweisung

[1]) R.-G. (V.) 13. Nov. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 163. A. M. R.-G. (V.) 13. Okt. u. 6. Nov. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 1521, Jur. Woch. 1886 S. 414, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. 6 S. 223.

[2]) A. M. R.-G. (V.) 13. Okt. und 6. Nov. 1886 a. a. O.

zur Besitzergreifung dem K.-V. die Berechtigung, den Gemeinschuldner ohne weiteres Vorverfahren ausser Besitz zu setzen; eine dem Gerichtsvollzieher zu behändigende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gewährt hierzu den Vollstreckungstitel (Bem. 1 zu § 107). Die Befugnis zur Besitzergreifung des zur Masse gehörigen Vermögens enthält zugleich die Ermächtigung für den K.-V., vorbehaltlich der in § 121 Z. 2 angeordneten Mitwirkung des Gl.-A. die Aussonderung derjenigen Vermögensstücke vorzunehmen, welche von der Masse auszuschliessen sind. Es giebt jedoch einzelne für den Fortgang des Verfahrens wichtige Rechtshandlungen, für welche die Befugnis des K.-V. aus § 107 nicht mit Sicherheit gefolgert werden kann, z. B. die Verfügung über die unter der Adresse des Gemeinschuldners einlaufenden Postsendungen, die Fortführung des Geschäftes, die Vornahme von Veräusserungen in den Formen der Zwangsvollstreckung u. s. w. Diese Fälle wurden ausser Zweifel gestellt. Ferner wurden die Beschränkungen festgesetzt, denen der K.-V. in der Freiheit seiner Bewegung unterworfen sein soll. Endlich waren die Rechte und Pflichten dritter Personen in Beziehung auf die Versilberung der Masse zu regeln, insoweit diese Rechte durch die K.-E. beeinflusst oder geschaffen werden. Vorschriften hierüber bilden den fernern Inhalt des 3. Titels. In den §§ 108—115 handelt es sich um die Feststellung und Sicherung, in den §§ 116—125 um die Verwaltung der Masse und die Verfügung über sie.

§ 107.

Nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerten.

(E. § 107; M. S. 336—341; K. S. 79, 128; pr. K.-O. §§ 131, 132, 152.)

Den Vorbem. 1 und 4 ist zur Erläuterung des § 107 nur folgendes beizufügen:

1) Der nach § 102 „bei" der K.-E. ernannte K.-V. hat sich unmittelbar nach der Ernennung in den Besitz der Masse zu setzen und deren Verwaltung zu übernehmen. Den Besitz erlangt er in dem Sinne, dass er die Innehabung für den Gemeinschuldner auszuüben hat, wie dies auch bei andern Verwaltern fremden Vermögens der Fall ist. Für die Gläubiger kann er die Innehabung nicht ausüben, weil er nicht sie, sondern den Gemeinschuldner vertritt (Bem. III. 1 zu § 5).[1]) Bedarf er zur Besitzergreifung der urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung (§ 73), so muss er deren Erteilung abwarten, welche übrigens sofort zu erfolgen hat. Soweit er nicht auf Widerstand stösst, kann er jedoch schon vor Empfang der förmlichen Ausfertigung die Verwaltung übernehmen. Findet der K.-V. Widerstand, so kann er die Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen, welcher ihn auf Grund des Eröffnungsbeschlusses in den Besitz zu setzen hat. Dieser Beschluss bildet einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 702 Z. 3 C.-P.-O. Die Vollstreckung ist aber nicht als eine Pfändung, sondern als Erzwingung einer Handlung des Gemeinschuldners, nämlich der Herausgabe des zur Masse gehörigen Vermögens anzusehen und erfolgt durch Wegnahme und Besitzeinweisung (§§ 769, 771 C.-P.-O.). Nicht die Eröffnung des Verfahrens, sondern die Herstellung desjenigen Zustandes wird erzwungen, auf welchen der K.-V. zufolge der K.-E. und gemäss § 107 ein Recht hat.

[1]) Endemann S. 447; Fitting § 37 Anm. 2; v. Sarwey S. 619; Schultze Konkursr. S. 39 a. E.; Willenbücher S. 158; v. Wilmowski S. 327. A. M.: v. Canstein in Grünhut Bd. 9 S. 481, 482; Oetker, Verfolgungsr. S. 81 ff., welcher juristischen Besitz annimmt; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 103, welcher den Besitz des K.-V. durch das Pfandrecht der Gläubiger erklärt, und v. Völderndorff Bd. 2 S. 232, der den Besitz des K.-V. dem abgeleiteten Besitze des Sequesters gleichstellt.

Ein weiteres Zwangsmittel steht ihm insofern zu Gebot, als er nach § 93 die Anordnung der Haft gegen den Gemeinschuldner erwirken kann. Verweigert ein Dritter die Herausgabe von Gegenständen, welche zur Masse gehören, so kann diese nicht auf Grund des Eröffnungsbeschlusses mit Hilfe des Gerichtsvollziehers erzwungen werden. Vielmehr muss der K.-V. Klage erheben.[1]) Da sich seine Befugnisse nur auf das zur Masse gehörige Vermögen erstrecken, hat er von Gegenständen, welche unzweifelhaft nicht im Eigentume des Gemeinschuldners stehen oder nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (Bem. II. zu § 1), nicht Besitz zu ergreifen, sondern sie dem Gemeinschuldner zu belassen. Im Zweifel hat er alle vorhandenen Gegenstände vorläufig in Verwahrung zu nehmen, um deren Veräusserung durch den Gemeinschuldner zu verhindern. Dritten gegenüber kann der K.-V. nicht dafür verantwortlich werden, dass er Gegenstände, welche nicht zur Masse gehören, dem Gemeinschuldner überlassen und dieser sie veräussert hat. Er ist nicht verpflichtet, die Interessen solcher Personen zu wahren. Die nach der K.-E. aus einer Beschädigung oder dem Verluste solcher im Besitze des Gemeinschuldners befindlicher Sachen entspringenden Entschädigungsansprüche Dritter können weder als Masseforderungen noch als Konkursforderungen geltend gemacht werden. Eine Verpflichtung des K.-V. steht nicht in Frage, weil ihm eine Verfügungsgewalt über die in Frage stehenden Gegenstände nicht zusteht. Der Anspruch gegen den Gemeinschuldner ist aber, weil nach der K.-E. entstanden, keine Konkursforderung. Nimmt der K.-V. Dritten gehörige Gegenstände in Verwahrung, so hat er allerdings auch für die gehörige Aufbewahrung zu sorgen und belastet dann die Masse mit der Haftung für Verlust und Schaden (§ 52 Z. 1)[2]). Die mit der K.-E. eintretende Beschlagnahme erstreckt sich jedoch trotz der Besitzergreifung durch den K.-V. auf solche Gegenstände nicht, weil sie nur das kraft Gesetzes zur Masse gehörige Vermögen ergreifen und der K.-V. die Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses nicht ausdehnen kann.[3]) Die Gegenstände, bezüglich deren lediglich ein Absonderungsrecht besteht (§§ 3 und 39 ff.), fallen unzweifelhaft unter die Vorschrift des §, da sie immerhin zur Masse gehören. Die Erträgnisse, welche solche Gegenstände abwerfen, sind unbedingt zur Masse zu ziehen, wenn auch der Absonderungsberechtigte bereits die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens beantragt hat, soferne nicht nach Landesrecht der Gläubiger auch durch die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung ein Vorzugsrecht an den Erträgnissen der beschlagnahmten Gegenstände erwirbt (vgl. z. B. Art. 9 bayer. Subh.-O.)[4]) Hat der K.-V. dem Absonderungsberechtigten solche Erträgnisse, an welchen ihm ein Vorzugsrecht nicht zukam, überlassen, so hat der letztere das Empfangene an die Masse zurückzugewähren.[5])

2) Die Verwertung hat sofort zu erfolgen. Bezüglich der Art derselben vgl. Vorbem. 2. Der im Entw. enthaltene Ausdruck „Versilbern" wurde von der Reichstagskommission durch den allgemeineren Ausdruck „Verwerten" ersetzt (K. S. 79, 128). Hiernach ist es nicht unbedingt und unter allen Umständen erforderlich, dass gegen bares Geld veräussert wird. Vielmehr kann der K.-V. ein bestimmtes Vermögensstück, z. B. eine Fabrik, ein Landgut u. s. w. auch zunächst vertauschen und dann das eingetauschte Grundstück verkaufen.[6]) Bezüglich der Veräusserung einer Firma vgl. Bem. I. 2 zu § 1.

[1]) Fitting § 37 Anm. 2 und 3; Hellmann, Lehrb. S. 989; König S. 59, 60; Meves S. 127; L. Seuffert a. a. O. S. 103 und die Kommentare.

[2]) v. Sarwey S. 618; Willenbücher S. 158; v. Wilmowski S. 328 Nr. 2. A. M. Meves S. 126, 127; v. Völderndorff Bd. 2 S. 231 Anm. 17.

[3]) R.-G. (II. Strafs.) 19. März 1889, Entsch. Bd. 19 S. 85.

[4]) R.-G. (V.) 13. Mai 1889, Entsch. Bd. 23 S. 54 ff.; vgl. S. 81 Text zu Anm. 3.

[5]) R.-G. (V.) 13. Mai 1889 a. a. O. S. 60 ff.

[6]) v. Sarwey S. 620; v. Völderndorff Bd. 2 S. 239.

§ 108.

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.

§ 109.

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterlässt, haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

(E. §§ 108, 109; M. S. 341—343; K. S. 79, 80; pr. K.-O. §§ 145—148.)

1) Nach § 7 wird der gute Glaube bei den Schuldnern des Gemeinschuldners bis zur öffentlichen Bekanntmachung der K.-E. vermutet; von da ab wird dagegen ein an den Gemeinschuldner leistender Schuldner von der Leistung zur Masse nur dann befreit, wenn er beweist, dass ihm die K.-E. unbekannt war. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung geschieht durch die im § 103 angeordnete Veröffentlichung. Auf diese hätte man sich vom Standpunkte des strengen Rechtes aus beschränken können, da niemand sich mit der Unkenntnis der gesetzlichen Folgen einer Thatsache entschuldigen kann. Mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Folgen und darauf, dass deren Unkenntnis seitens der Verpflichteten auch die K.-Gl. der Gefahr thatsächlicher Verluste aussetzt, hat sich aber die K.-O. für die Beibehaltung des gemeinrechtlich unter dem Namen des „offenen Arrestes" hergebrachten öffentlichen „Generalinhibitoriums" entschieden. Dieser ist nicht ein wesentlicher Bestandteil der auf die K.-E. bezüglichen Bekanntmachung; eine Weglassung würde sonach den Schuldner, der trotz Kenntnis von der K.-E. an den Gemeinschuldner gezahlt hat, dem K.-V. gegenüber vor der doppelten Zahlung nicht schützen; sein einziger Zweck ist vielmehr, rechtsirrtümliche Zahlungen und Leistungen an den Gemeinschuldner thatsächlich nach Möglichkeit zu verhindern. Unter dem B e s i t z e ist hier sowohl der juristische Besitz als die blosse Innehabung zu begreifen. Der offene Arrest erstreckt sich auf unbewegliche wie auf bewegliche, aber nur auf solche Sachen, welche Massebestandteile sind. Hat jemand den Besitz von Gegenständen in der Weise erlangt, dass die Sache nicht mehr zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, so findet § 109 auch dann keine Anwendung, wenn die Übergabe infolge eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes erfolgte. Die fragliche Sache darf nicht als eine „Sache des Gemeinschuldners" angesehen werden, wenn auch der K.-V. deren Rückgewähr fordern kann (Bem. III. 1 u. 2 zu § 22). Ebensowenig sind dritte Personen, welchen ein Aussonderungsrecht an den in ihrem Besitze befindlichen Sachen zustehen würde, oder welche Eigentümer derselben zu sein glauben, zur Anzeige verpflichtet. Nur wenn es sich herausstellt, dass der Anspruch nicht begründet ist, kann unter Umständen eine Entschädigungspflicht wegen Unterlassung der Anzeige entstehen (Bem. 3). Auf P o s t s e n d u n g e n, insbesondere auf Wertbriefe und Postanweisungen, welche für den Gemeinschuldner bestimmt sind, aber sich noch in den Händen der Post-

anstalt befinden, trifft § 109 gleichfalls nicht zu. Solange der Gegenstand der Sendung der als Empfänger bezeichneten Person nicht ausgeliefert worden ist, kann der Absender die Aushändigung der Sendung verhindern und verlangen, dass die Sendung oder das eingezahlte Geld ihm zurückgegeben werde (Post.-O. v. 8. März 1879 § 29). Aus dieser dem Absender zustehenden Verfügungsbefugnis ergiebt sich aber, dass der Gegenstand der Sendung nicht zur Masse gehört, solange die Aushändigung an den Empfänger nicht stattgefunden hat.[1]) In dieser Richtung wird übrigens durch die in § 111 getroffene Anordnung meistens Abhilfe geschaffen.

Bezüglich der Frachtgüter, welche der Eisenbahnverwaltung übergeben worden sind, ist für die Frage, ob sie dem offenen Arreste unterliegen, der Umstand entscheidend, ob die Verfügungsbefugnis durch Dispositionspapiere oder durch Frachtbrief (Art. 402 H.-G.-B.) auf den als Empfänger bezeichneten Gemeinschuldner übergegangen ist, oder der Absender noch die Verfügungsgewalt hat. Im ersteren Falle erstreckt sich der im Konkurse des Adressaten erlassene offene Arrest auf die fraglichen Güter nicht. Gerät aber im letzteren Falle der Absender in Konkurs, so wird die Transportanstalt durch die K.-E. gehindert, die Ware dem Absender selbst zurückzugeben, hat vielmehr den Weisungen des K.-V. Folge zu leisten. Die Ablieferung an den Adressaten hat dagegen ohne weiteres zu erfolgen, sofern der K.-V. nicht andere Weisung giebt (vgl. noch Bem. 3 a. E.).

Durch § 108 wird für den Schuldner keine Verpflichtung zur Zahlung oder Leistung geschaffen. Vielmehr liegt die Sache, soweit nicht die K.-E. eine Erweiterung der bestehenden Verpflichtung (z. B. durch Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis oder des Zurückbehaltungsrechtes) begründet hat, ebenso als ob der Schuldner noch dem Gemeinschuldner selbst gegenüber stünde. Insbesondere kann der Schuldner alle ihm zustehenden Einreden auch dem K.-V. gegenüber geltend machen. Der offene Arrest schafft keine neuen Verpflichtungen; er soll nur die Ausführung der bestehenden sichern. Soweit eine Leistung in Frage steht, kann sie nicht anders als im ordentlichen Verfahren erzwungen werden, in welchem über etwaige Einwendungen zu entscheiden ist.

2) Auch bezüglich derjenigen Personen, welche eine zur Masse gehörige Sache besitzen, wird hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe dieser Gegenstände durch die §§ 108 und 109 nichts geändert. Vielmehr ist die Frage, ob eine solche Verpflichtung besteht, nach dem materiellen Rechte zu entscheiden. Hat der Besitzer die Verpflichtung zur Übergabe (Bringschuld), so kann deren Unterlassung eine Schadenersatzforderung begründen. Diese richtet sich dann nicht nach § 109. Aber es wird durch den offenen Arrest die Verpflichtung begründet, dem K.-V. von dem Besitze der zur Masse gehörigen Gegenstände innerhalb einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist Anzeige zu machen. Die Personen, welche behaupten, dass die von ihnen besessene Sache ihr Eigentum sei, werden von dieser Verpflichtung nicht berührt (Bem. 1). Im übrigen besteht die Anzeigepflicht für alle Personen, welche einen zur Masse gehörenden Gegenstand besitzen, gleichviel auf welchem Titel der Besitz beruht, und ob zur Zeit eine Verpflichtung zur Herausgabe besteht oder nicht. Insbesondere werden auch Absonderungsberechtigte durch die §§ betroffen (Bem. II. 2 zu § 3). Von ihnen wird gleichfalls die Angabe ihrer Forderungen verlangt, damit der K.-V. prüfen kann, ob ein Interesse an der Einlösung oder Verwertung der Sachen besteht und der etwa (in Widerspruch mit den §§ 57, 141) unternommenen doppelten Geltendmachung eines Anspruchs entgegenzutreten vermag. Auch Anstalten, welche sich auf Grund eines Vorzugsrechtes selbst aus einem Pfande befriedigen dürfen, sind von der Anzeigepflicht nicht ausgenommen (K. S. 79, 80).

3) Gegen absichtliche Verletzungen der Anzeigepflicht gewährt § 137 St.-G.-B. und § 212 Z. 1 K.-O. Schutz. Ob durch die Unterlassung der Anzeige der Masse ein Schaden entstanden ist, insbesondere, ob zwischen der Beschädigung und der Unterlassung ein ur-

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 255 Anm. 9.

sächlicher Zusammenhang besteht, hat das Prozessgericht gemäss § 260 C.-P.-O. nach freiem Ermessen zu entscheiden. Der Beweis liegt in beiden Richtungen dem K.-V. ob, der vor allem nachzuweisen hat, dass die Sache zur Masse gehört. Ist der Gegenstand im Besitze des Dritten zu Grunde gegangen, oder hat sich der Wert desselben vermindert, so ist eine Verpflichtung zum Schadenersatze nur dann begründet, wenn anzunehmen ist, der K.-V. würde bei rechtzeitigem Empfang der Anzeige die Gegenstände vor Eintritt der Zerstörung oder Wertverminderung an sich genommen und verwertet haben.[1]) Der Nachweis, dass der Besitzer von der Bekanntmachung Kenntnis gehabt habe, ist zur Begründung der Schadenersatzpflicht nicht erforderlich. Vielmehr ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung der §§, dass diese Kenntnis vermutet wird. Auch spricht der Umstand, dass eine „genügende Entschuldigung", wie sie die preuss. K.-O. zuliess, nicht vorgesehen wurde, noch weiter dafür, dass der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich sei.[2]) Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Besitzer einer zur Masse gehörigen Sache strenger behandelt werden sollte als der Schuldner, welcher ungeachtet der Bekanntmachung an den Gemeinschuldner Zahlung geleistet hat. Deshalb wird zwar die Kenntnis der Bekanntmachung zu vermuten, der Besitzer aber unter entsprechender Anwendung des § 7 zum Beweise zuzulassen sein, dass er von der K.-E. keine Kenntnis hatte.[3]) Ferner muss die Entschädigungspflicht wegfallen, wenn der Dritte, z. B. ein Leihhaus oder ein Transportunternehmer, den Namen des Eigentümers nicht kannte, also ungeachtet der Kenntnis der Bekanntmachung nicht in der Lage war, eine Anzeige zu erstatten (K. S. 79). Der Beklagte wird deshalb entlastet, wenn er beweist, er habe nicht gewusst, dass die Sache dem Gemeinschuldner gehöre.[4]) Beweist er, dass der K.-V. ohnedies von dem Vorhandensein der Sachen Kenntnis gehabt habe, so wird dadurch festgestellt, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Unterlassung der Anzeige und dem entstandenen Schaden nicht besteht.

§ 110.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

(E. § 110; M. S. 344—345; K. S. 80.)

Die den Absonderungsberechtigten durch § 110 auferlegte Verpflichtung hat in der Befugnis des K.-V. ihren Grund, die Veräusserung der Sache zu betreiben (§ 116) und den Überschuss aus dem Erlöse zur Masse zu ziehen (Bem. II. 3 zu § 3). Die Vorschrift bezieht sich auf unbewegliche wie auf bewegliche Sachen. Der Absonderungsberechtigte ist übrigens nur auf besonderes Verlangen zur Vorzeigung und zur Gestattung derjenigen Maassregeln, welche die Abschätzung erfordert, zur Herausgabe aber überhaupt nicht verpflichtet, auch wenn sie nur auf kurze Zeit verlangt wird. Ebensowenig besteht für ihn eine Verpflichtung, die Sache in den Gewahrsam des K.-V. oder der Sachverständigen verbringen zu lassen. Wenn der Verpflichtung zur Vorzeigung zuwidergehandelt wird, so kann der K.-V. die Erfüllung durch Klage erzwingen. Auch muss der Absonderungsberechtigte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den durch seine Weigerung entstandenen Schaden ersetzen.

1) v. Sarwey S. 623, 624; Stieglitz S. 482; v. Völderndorff Bd. 2 S. 248; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 331 Nr. 2.

2) v. Sarwey S. 624; Stieglitz S. 482; v. Völderndorff Bd. 2 S. 248.

3) v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; Willenbücher S. 160, 161; v. Wilmowski S. 331 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff a. a. O.

4) Stieglitz S. 482; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 331 Nr. 1.

§ 109 bezieht sich auf den hier in Frage stehenden Fall nicht.[1]) Die Zuständigkeit des Gerichtes, an das sich der K.-V. wendet, bestimmt sich nach dem G.-V.-G und der C.-P.-O. Streitgegenstand im Sinne des § 23 G.-V.-G. ist nicht die Sache selbst, sondern das Interesse des Verwalters an der Vorzeigung und Abschätzung, das nach freiem Ermessen zu würdigen ist (§ 3 C.-P.-O.) und in der Regel 300 Mark nicht übersteigen wird.

§ 111.

Die Post- und Telegraphenanstalten sind verpflichtet, auf Anordnung des Konkursgerichts alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt. Der Gemeinschuldner kann die Einsicht und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, die Herausgabe derselben verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken.

(E. § 111; M. S. 343; K. S. 80, 81; pr. K.-O. § 149, 152 Z. 3).

1) Dem Gemeinschuldner war die thatsächliche Verfügung über die unter seiner Adresse eingehenden Postsendungen und Depeschen im Interesse der Gläubiger und der Schuldner zu entziehen. Um aber diese Gegenstände dem K.-V. zugänglich zu machen, bedurfte es gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen über das Brief- und Depeschengeheimnis einer ausdrücklichen Vorschrift. § 111 erledigt in dieser Beziehung den in § 5 des Post-Ges. v. 28. Okt. 1871 gemachten Vorbehalt und schützt die Beamten wie den K.-V. vor strafrechtlicher Verfolgung (R.-St.-G.-B. §§ 299, 354, 355). Die Ermächtigung erstreckt sich auf die ganze Dauer des Kv.; die Aushändigung sowie deren Art und Weise ist jedoch an eine Anordnung des Konkursgerichtes geknüpft, welches diese sofort bei der K.-E. von Amts wegen erlassen, aber auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des K.-V. wieder aufheben oder beschränken kann (Bem. 3 u. 4). Hierbei sind stets die thatsächlichen Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Durch Abs. 2 sowie durch das Recht auf Einsicht aller Briefe und auf Herausgabe seiner Privatkorrespondenz wird der Gemeinschuldner in seinen persönlichen Rechten geschützt. Die in der Reichstagskommission gestellten Anträge, nach welchen der K.-V. verpflichtet sein sollte, die Briefe, wenn thunlich, durch den Gemeinschuldner in seiner Gegenwart öffnen zu lassen, oder ihn doch bei der Eröffnung zuzuziehen, wurden abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Nach seiner praktischen Erfahrung habe § 152 der pr. K.-O. nicht dahin geführt, dass der Schuldner stets zugezogen worden wäre. Wenn der Schuldner am Orte selbst anwesend sei, pflege ihn wohl der Verwalter täglich 1—2 Stunden zu sich kommen zu lassen. Andernfalls oder im Falle irgend welcher Dringlichkeit, welche regelmässig kurz nach der K.-E. überall vorliege, öffne der Verwalter die Briefe, ohne nach dem Gemeinschuldner zu suchen, und niemals habe man hierin eine Verletzung des Briefgeheimnisses erblickt.“ Auch ein Antrag, dem zweiten Satze die Worte beizufügen: „hat jedoch dem Gemeinschuldner Kenntnis von deren Inhalt zu geben“, wurde abgewiesen, weil er zu dem Missverständnisse führen könne, dass der K.-V. bei Eingang jeder Sendung dem Schuldner Mitteilung machen müsse (K. S. 80, 81).

[1]) Endemann § 32 Anm. 31 und 34; v. Sarwey S. 625; Stieglitz S. 483; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 332. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 251.

Die Anordnung hat zur Folge, dass die für den Gemeinschuldner bestimmten Zustellungen durch die Post auch in einem Prozesse, welcher nicht die Masse betrifft oder in welchem der Gemeinschuldner nicht Partei ist, sondern als Zeuge oder Sachverständiger gehört werden soll, gültig an den K.-V. erfolgen.[1])

2) Durch § 111 wird nur eine Verpflichtung der Post- und Telegraphenanstalten, nicht eine solche der untergeordneten Bediensteten zur Herausgabe der Sendungen, Briefe und Depeschen begründet. Die Anordnung des Gerichtes ist deshalb dem Vorstande der am Orte befindlichen Post- oder Telegraphenanstalt mitzuteilen, welcher für deren Ausführung zu sorgen hat. In der Regel wird es sich bloss um die am Wohnorte des Schuldners eintreffenden Sendungen, Briefe und Depeschen handeln; doch kann, wenn ausserhalb des Wohnortes eine Zweigniederlassung oder ein besonderes Büreau besteht, an welches Briefe und Depeschen gerichtet werden, die Anordnung auch auf diese erstreckt werden.[2]) Briefe u. s. w., welche nicht an den Gemeinschuldner adressiert sind, fallen auch dann, wenn sie nach Annahme des K.-V. oder des Gerichtes für den Gemeinschuldner bestimmt sind, nicht unter die Vorschrift des §. Sie sind nicht „für den Gemeinschuldner“, sondern für einen Dritten bei der Post- und Telegraphenverwaltung „eingegangen“ und müssen dem Adressaten ausgehändigt werden, da es sich hier nicht wie im Strafverfahren um eine im öffentlichen Interesse erfolgende Beschlagnahme handelt und die Bestimmung als Ausnahmevorschrift nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden darf. Eine Umgehung des Gesetzes wird ohnedies nicht zu verhindern sein, wenn nicht rücksichtslos in die Interessen Dritter eingegriffen wird. Einen gewissen Schutz gegen die Umgehung gewährt § 212 Z. 1. K. O. Auch die Mot. handeln nur von den „unter der Adresse des Gemeinschuldners u. s. w. eingehenden Postsendungen und Depeschen“.[3]) Von den mittelst der Eisenbahn beförderten Sendungen ist im § nicht die Sprache. Diese sind aber, da eine Verpflichtung zur Geheimhaltung hier nicht im Wege steht, ohne weiteres an den K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. III. 1 zu § 5) auszuhändigen. Nur er kann die Rechte, welche dem bezeichneten Empfänger zustehen (Art. 402 und 405 H.-G.-B.) ausüben (Bem. 1 zu §§ 108 109). Das Gleiche gilt von Briefen und Paketen, welche dem Gemeinschuldner in anderer Weise, z. B. durch einen besonderen Boten zugesandt werden. Auch auf sie bezieht sich § 111 nicht.[4])

3) Ob die in § 111 vorgesehene Maassregel zu treffen sei, steht im Ermessen des Gerichtes, das die Anordnung geeigneten Falles von Amts wegen zu erlassen hat. Da sich der offene Arrest nicht auf Postsendungen u. s. w. bezieht, welche an den Gemeinschuldner gerichtet sind (Bem. 1 zu § 109) wird aber die Anordnung der Sperre in der Regel angezeigt sein, insbesondere wenn es sich um einen kaufmännischen Konkurs handelt oder aus andern Gründen anzunehmen ist, dass zahlreiche oder wichtige Geschäftsbriefe u. s. w. einlaufen. Eines Antrages des K.-V. bedarf es nicht.[5]) Auch braucht, wenn dieser den Wunsch ausspricht, es möge von der Befugnis des § Gebrauch gemacht werden, das Gericht, wenn es dies nicht für geeignet hält, einen besondern zurückweisenden Beschluss nicht zu erlassen. Die Anhörung des Gemeinschuldners ist nicht erforderlich. Wegen Unterlassung der betr. Anordnung steht dem K.-V. nicht das Recht der Beschwerde zu, da hierzu eine „Entscheidung“ vorausgesetzt wird (Bem. III. 2 zu § 66).[6]) Dagegen kann er Be-

[1]) Burgheim, Z. f. Gerichtsv. Bd. 4 S. 136 und Z. d. Anwaltskammer von Hamm Bd. 4 Nr. 1.

[2]) v. Sarwey S. 626; v. Völderndorff Bd. 2 S. 254.

[3]) Fitting S. 296 § 37 Nr. II; v. Wilmowski S. 333. A. M. v. Sarwey S. 626 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 257; Willenbücher S. 162 Nr. 2.

[4]) Kohler S. 310 Anm. 2.

[5]) V. v. Sarwey S. 625; v. Völderndorff Bd. 2 S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 1; v. Wilmowski S. 333. A. M. Hullmann S. 252.

[6]) Endemann S. 452; Fitting § 37 Anm. 6; v. Sarwey S. 626. A. M. Stieglitz S. 484; v. Völderndorff Bd. 2 S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 5; v. Wilmowski S. 333.

schwerde einlegen, wenn die Anordnung erlassen, ihr aber eine Beschränkung beigefügt worden ist. Dem Gemeinschuldner steht, da diese Anordnung als eine Entscheidung anzusehen ist, nach § 65 sofortige Beschwerde zu.[1]) Dass ihm das Recht eingeräumt ist, die Aufhebung oder Beschränkung der Anordnung zu verlangen, schliesst nicht aus, dass er auch von vornherein die Anordnung anfechten kann. Übrigens würde der Gemeinschuldner bei einer anderweitigen Auslegung sich sofort das Recht der Beschwerde dadurch verschaffen können, dass er die Aufhebung beantragt und dann den zurückweisenden Beschluss angreift.

4) Wenn der Anordnung des Gerichtes eine besondere, durchaus zulässige, Beschränkung nicht beigefügt wurde, erstreckt sich deren Wirkung auf die ganze Dauer des Kv.; es kann hiernach die Anordnung nicht von Amts wegen zurückgezogen werden.[2]) Der Gemeinschuldner kann jederzeit, auch wenn er mit der Beschwerde gegen die Anordnung zurückgewiesen wurde, die Wiederaufhebung beantragen und im Falle der Zurückweisung Beschwerde erheben. Die Aufhebung kann aber nicht erfolgen, ohne dass der K.-V. gehört worden ist, und es muss diesem, wenn sie ungeachtet seines Widerspruches verfügt wird, das Recht der Beschwerde zustehen. Hier handelt es sich nicht um eine blosse Unterlassung, sondern um eine Entscheidung und zwar um eine solche, die gegen den K.-V. ergangen ist und ihm Rechte entzieht. Auch auf Antrag des letztern kann die Zurücknahme der Anordnung erfolgen. Das Gericht braucht einem solchen Antrage aber nicht zu entsprechen.[3])

5) Solange die gerichtliche Anordnung in Kraft ist, hat der K.-V. das Recht, alle Sendungen, Briefe und Depeschen zu öffnen. Er hat von dieser Befugnis nach pflichtmässigem Ermessen Gebrauch zu machen und kann den K.-Gl. gegenüber für den Schaden verantwortlich werden, der aus einer Pflichtverletzung entsteht (§ 74). Das Recht des Gemeinschuldners auf Einsicht der eingegangenen Sendungen, Briefe und Depeschen, wie dasjenige auf deren Herausgabe, sofern ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, wird nur wirksam, wenn er ausdrücklich das Verlangen hiernach ausspricht. Der K.-V. ist nicht verpflichtet, vom Empfange der einzelnen Gegenstände ohne Aufforderung Mitteilung zu machen (Bem. 1). Er würde sich aber, wenn er dem Gemeinschuldner den Eingang einer Sendung u. s. w. verheimlichte, einer Pflichtverletzung schuldig machen und für einen hierdurch verursachten Schaden haften (K. S. 80.) Entsteht zwischen dem K.-V. und dem Gemeinschuldner eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob ein Brief die Masse betreffe und ob demgemäss das Begehren der Herausgabe gerechtfertigt sei, so hat darüber das Konkursgericht zu entscheiden, da es sich um den Vollzug seiner Anordnung handelt und nicht eine privatrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des K.-V. in Frage steht.[4])

§ 112.

Der Verwalter kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person siegeln lassen.

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind durch den Gerichtsschreiber zu schliessen.

[1]) Endemann a. a. O. S. 451, 452; v. Völderndorff Bd. 2 S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 5. A. M. v. Sarwey S. 626; Stieglitz S. 484.

[2]) Endemann S. 453; Fitting § 37 Anm. 7; v. Sarwey S. 627 Nr. 5; Stieglitz S. 485; v. Völderndorff Bd. 2 S. 259.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 258. A. M. Stieglitz S. 485.

[4]) Meves S. 128 Nr. 2; Stieglitz S. 485.

§ 113.

Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Wertes aufzuzeichnen. Der Wert ist erforderlichen Falles durch Sachverständige zu ermitteln. Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen. Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern, kann das Gericht gestatten, dass die Auszeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.

§ 114.

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz ob. Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung oder Entsiegelung stattgefunden hat, die Protokolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

§ 115.

Nach der Anfertigung des Inventars kann der Verwalter oder ein Konkursgläubiger den Gemeinschuldner in eine Sitzung des Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden.

(E. §§ 112—115; M. S. 343—346; K. S. 83, 84; pr. K.-O. §§ 152—156, 301, 335.)

I. Siegelung. (§ 112 Abs. 1.)

1) Durch Siegelung aller Räume und Behältnisse, in welchem sich zur Masse gehöriges bewegliches Vermögen befindet, soll dieses gesichert werden. Das Wort „der“ in Z. 1 ist kein Druckfehler (K. S. 84). Von einer unbedingten Vorschrift wurde abgesehen, weil sie ein nicht immer gerechtfertigtes Misstrauen gegen den Gemeinschuldner bekunde, für die K.-Gl. selbst Gefahren enthalte und ausserdem eine Reihe von Ausnahmen getroffen werden müsste; solche wären z. B. noch erforderlich gewesen für Sachen, die ihrer Natur nach nicht unter Sperrre genommen werden können, oder wegen Gefahr raschen Verderbens, schneller Entwertung oder unverhältnismässiger Kostspieligkeit der Aufbewahrung schleunig veräussert werden müssen oder zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes notwendig sind. In manchen Fällen, zumal wenn ordnungsmässige Handelsbücher und Inventuren vorliegen, wird eine Siegelung nicht nötig und kaum zweckmässig sein. Da der K.-V. von der Siegelung ganz absehen kann, darf er auch im Falle der Vornahme einzelne Sachen ausschliessen.

2) In welcher Weise der Zweck am besten zu erreichen ist, insbesondere ob die vorhandenen Gegenstände in bestimmte Räumlichkeiten zu verbringen und deren Thüren zu versiegeln sind, oder ob die Versiegelung einzelner Behältnisse vorgenommen werden

muss, hängt von den Umständen des Falles ab und ist in das Ermessen des K.-V. gestellt. Die Landesgesetzgebung kann bestimmen, durch welche Personen die Siegelung zu bewirken und in welcher Weise sie vorzunehmen und zu beurkunden ist. In Ermangelung einer besondern Vorschrift kann der K.-V. die Siegelung durch jede Person vornehmen lassen, welche zur Vornahme derselben im allgemeinen ermächtigt ist. Diese Person hat hiebei ihr Amtssiegel zu verwenden. Eine von einer andern Person oder vom K.-V. selbst vorgenommene Siegelung würde dem Gesetze nicht genügen. Über die Siegelung ist ein Protokoll zu errichten (§ 114), das die Namen der bei der Siegelung mitwirkenden Personen, die Art und Weise der Versiegelung und alle sonst wesentlichen Punkte, insbesondere ein Verzeichnis der ausser Sperre gebliebenen Gegenstände zu enthalten hat.

II. Schliessung der Geschäftsbücher. (§ 112 Abs. 2).

1) Eine in allen Fällen wünschenswerte und gefahrlose Sicherungsmaassregel ist die Schliessung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners. Sie soll nicht ein Bücherabschluss im kaufmännischen Sinne sein, vielmehr nur durch einfachen Vermerk am Schlusse Nachtragungen verhindern. Zugleich ist der äussere Zustand der Bücher festzustellen. Soweit die Schliessung nicht schon auf den Eröffnungsantrag des Gemeinschuldners oder aus anderer Veranlassung vorher erfolgt ist, macht es das Gesetz dem Gerichtsschreiber zur Pflicht, sofort nach der K.-E. diese Maassregel auszuführen. In der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob nicht statt des Wortes „schliessen" besser der kaufmännische Ausdruck „abzuschliessen" gebraucht werde, worauf Hagens erklärte: „In Abs. 2 bedeute „schliessen" nur, dass die Bücher formell sollten geschlossen werden, um eine nachträgliche Eintragung zu verhüten. „Abschliessen" würde besagen, einen sachlichen Abschluss herbeiführen." Ein Antrag, nach welchem ausdrücklich vorgeschrieben werden sollte, dass der äussere Zustand der Geschäftsbücher festzustellen sei, wurde abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte, es empfehle sich nicht, diese Feststellung stets obligatorisch zu machen (K. S. 83, 84).

2) Geschäftsbücher sind vor allem die Handelsbücher eines Kaufmannes. Auch andere Bücher, welche regelmässige geschäftliche Einträge enthalten, gehören aber hierher, selbst wenn sie von einem Nichtkaufmanne geführt wurden. Es kommt nur darauf an, ob die Einträge in solchen Büchern von Erheblichkeit sind und durch nachträgliche Eintragungen gewisse Beweisthatsachen geschaffen oder entkräftet werden können. Damit § 112 Abs. 2 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass die vorhandenen Bücher ausschliesslich dem Gemeinschuldner gehören. Wurden sie von zwei Personen z. B. zwei Rechtsanwälten, in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes geführt und ist nur eine dieser Personen in Konkurs geraten, so würde durch die Wegnahme und Abschliessung der Geschäftsbetrieb der andern Person gestört. Das braucht sich aber diese nicht gefallen zu lassen, da die Bücher gemeinschaftliches Eigentum der mehreren Personen sind, sonach nicht einen Bestandteil der Masse bilden (§§ 1 und 14).[1])

III. Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände. (§ 113).

1) Hat eine Siegelung stattgefunden, so ist mit der Entsiegelung schrittweise die Aufzeichnung der sämtlichen zur Masse gehörigen Gegenstände und die Angabe ihres Wertes zu verbinden. Diese Aufzeichnung ist zum Zwecke der Feststellung der Masse, zur Überwachung des K.-V. und, um für dessen künftige Rechnungslegung einen festen Anhalt zu gewinnen, auch dann erforderlich, wenn eine Siegelung unterblieben war. Aus diesem Grunde, und um vollen Beweis für die Ausführung zu erlangen, hat das Gesetz in Anlehnung an §§ 380, 383 C.-P.-O. vorgeschrieben, dass bei der Aufzeichnung eine obrigkeitliche oder Urkundsperson zugezogen werden soll. In der Reichstagskommission

[1]) Ldg. Bremen 8. Dez. 1884, Buschs Zeitschr. Bd. 10 S. 399.

bestand Einverständnis zwischen den Mitgliedern und den Regierungsvertretern darüber, dass die nähere Bestimmung des Begriffs „obrigkeitliche oder Urkundsperson" den Landesjustizverwaltungen oder Landesgesetzgebungen überlassen bleibe (K. S. 84 und oben Bem. I. 2). Als Urkundsperson kann auch diejenige Person gewählt werden, welche die Entsiegelung vornimmt. Am zweckmässigsten ist es, wenn die nämliche Person, welche die Siegel angelegt hat, auch die Entsiegelung besorgt. Auch über die letztere ist ein Protokoll aufzunehmen. Die Zuziehung des Gemeinschuldners ist, wenn sie ohne Aufschub erlangt werden kann, in seinem eigenen wie im Interesse der Masse geboten. Die Wertangabe setzt eine Abschätzung der Sache nicht notwendig voraus. Dem K.-V. wurde absichtlich darin freie Hand gelassen, ob und in welcher Weise er eine solche bewirken will. Häufig, z. B. im Falle sofortiger Versteigerung oder eines Verkaufes zu Markt- und Börsenpreisen oder bei Fortbetrieb des Geschäftes, würde eine zeitraubende und kostspielige Abschätzung, nutzlos und hinderlich sein. Eine Beeidigung der Sachverständigen, deren Auswahl dem K.-V. überlassen wurde, ist nicht geboten, weil die Aufzeichnung keine gerichtliche Handlung ist.[1])

2) Wegen der Wichtigkeit der Aufzeichnung wurde deren Vornahme nicht, wie die Siegelung, in das Belieben des K.-V. gestellt, sondern ihm als Regel die Pflicht auferlegt, die Aufzeichnung in umfassender Weise und in öffentlicher Urkunde vorzunehmen. Um auch für Fälle Vorsorge zu treffen, in welchen eine solche Aufzeichnung nicht notwendig ist, wurde aber dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, den K.-V. von der ihm auferlegten Verpflichtung zu entbinden. Mit Rücksicht darauf, dass der Gemeinschuldner kurz vor der K.-E., etwa um einen aussergerichtlichen Vergleich zu erzielen, unter Zuziehung von Vertrauensmännern eine vollständige Aufzeichnung vorgenommen hat, oder die neuerdings vorgenommenen Inventuren und die Lagerbücher als glaubwürdig erscheinen oder das Geschäft im Ganzen verkauft werden soll u. s. w., kann es nämlich gestatten, dass die Aufzeichnung ganz oder teilweise unterbleibe oder nur in der Form eines Privatverzeichnisses erfolge. Die Ermächtigung hierzu darf aber das Gericht nur auf Antrag des K.-V. und, wenn ein Gl.-A. bestellt ist, auf den übereinstimmenden Antrag des letzteren erteilen. Gegen die Ablehnung seines Antrages steht dem K.-V. die Beschwerde zu, da er in diesem Falle ein Recht auf Entscheidung hat (Bem. III. 2. zu § 66).[2]) Auch der Gl.-A. als solcher kann, wenn sein Antrag abgelehnt wird, Beschwerde einlegen (Bem. III. 4 zu § 66).[3]) Dagegen steht dieses Recht nicht dessen einzelnen Mitgliedern zu, welche in dieser Eigenschaft oder in derjenigen von K.-Gl. nicht als Beteiligte anzusehen sind.

3) Die Aufzeichnung und Abschätzung hat das ganze zur Masse gehörige Vermögen, also auch die unbeweglichen Sachen zu umfassen[4]) und erstreckt sich, da das Gesetz nicht von Sachen, sondern von Gegenständen spricht (Bem. 3 zu § 35), auch auf die Forderungen des Gemeinschuldners, welche einen Bestandteil der Masse bilden.[5]) Ein Zweifel darüber, ob ein Gegenstand zur Masse gehört, schliesst die Aufnahme in das Verzeichnis nicht aus. Vielmehr müssen auch solche Gegenstände aufgezeichnet werden, sofern der K.-V. sie wenigstens vorerst als Massebestandteile behandeln, d. h. nicht von vornherein aussondern will. Dasselbe gilt von solchen Sachen, welche sich im Besitze von Dritten befinden, die der K.-V. aber zur Masse rechnet und zurückzufordern beabsichtigt. Die Aufzeichnung muss sich endlich auch auf diejenigen Massegegenstände erstrecken, welche sich im Besitze Dritter befinden, bezüglich deren aber ein Absonderungsrecht begründet ist. Die Durchführung der Aufzeichnung und die Abschätzung solcher

[1]) Endemann S. 455 und die Kommentare.

[2]) Stieglitz S. 490. A. M. Fitting § 37 Anm. 11.

[3]) Stieglitz a. a. O.

[4]) Meves S. 131 Nr. 6; v. Sarwey S. 630; Stieglitz S. 489; Willenbücher S. 164 Nr. 1; v. Wilmowski S. 335 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 270 Anm. 2.

[5]) A. M. nur v. Völderndorff a. a. O.

Gegenstände wird durch die §§ 108, 110 ermöglicht. Das Gericht kann auch dann, wenn es die Aufzeichnung für notwendig hält, dem K.-V. die Angabe des Wertes der einzelnen Sachen erlassen, denn in der grössern Befugnis ist auch die geringere enthalten.

4) Für den Fall, dass der Gemeinschuldner ein öffentliches Amt verwaltet hat, war in der pr. K.-O (§ 154) die Benachrichtigung der Behörde von dem Tage der Aufzeichnung angeordnet. Eine solche Vorschrift wurde aber für entbehrlich gehalten, weil die K.-O. in § 104 die Mitteilung des Eröffnungsbeschlusses an die Dienstbehörde vorgeschrieben und sich diese zur Wahrnehmung des amtlichen Interesses mit dem K.-V. in Verbindung zu setzen habe. Ebensowenig wurde das in Abs. 2 des gedachten § 154 der Dienstbehörde gewährte Recht auf Übernahme der Gegenstände zum Schätzungswerte für gerechtfertigt gehalten (M. S. 345).

IV. Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz. (§ 114.)

1) Die „Aufzeichnung" (§ 113) gewährt mit den Büchern und Papieren des Gemeinschuldners die wichtigste Grundlage für das Inventar und die Bilanz, deren schleunige Herstellung oder deren Berichtigung, falls der Gemeinschuldner schon Inventar und Bilanz übergeben hat, dem K.-V. obliegt. Deren Erfordernisse und Inhalt ergeben sich aus ihrer Bestimmung. Durch Inventar und Bilanz soll die Vermögenslage des Gemeinschuldners zur klaren Anschauung gebracht werden. Es wird daher die Beobachtung der Art. 29, 31 H.-G.-B., welche übrigens auch im Kv. über das Vermögen eines Nichtkaufmannes als passender Anhalt dienen können, nicht immer genügen. Vielmehr wird das Verhältnis des Aktivvermögens zu den Schulden durch Hervorhebung der einem Absonderungsrechte unterworfenen Vermögensstücke, der Masseschulden und der mit einem Absonderungs- oder Vorrecht (§ 54) versehenen Forderungen genauer aufzuklären sein. Diese Hervorhebung ist besonders für die Stellung der K.-Gl. zu einem etwa später vorgeschlagenen Zwangsvergleiche von Bedeutung. Mit Rücksicht darauf empfiehlt sich auch die in der preuss. Nov. v. 12. März 1869 (zu § 155 K.-O.) vorgeschriebene Angabe der Verfallzeit der einzelnen Schuldposten und bei Korrealverpflichtungen namentlich bei Wechseln die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes ihrer Haftung. Auch ein Rückgriffsrecht des Gemeinschuldners auf seine Mitschuldner darf bei Aufnahme der Forderungen nicht unbeachtet bleiben. Da es nicht immer möglich ist, allen diesen Anforderungen sofort zu genügen, wurde es für entbehrlich erachtet, sie zum Gegenstande besonderer Bestimmungen zu machen (M. S. 345, 346).

Das ohne Beiziehung einer obrigkeitlichen oder Urkundsperson vom Verwalter aufzustellende Inventar nebst der Bilanz unterscheidet sich von der „Aufzeichnung" (§ 113) dadurch, dass auch die Schulden anzugeben sind. Während diese Aufzeichnung hauptsächlich eine Überwachung des K.-V. ermöglichen soll, handelt es sich hier darum, den Beteiligten einen Einblick in die Vermögenslage des Gemeinschuldners zu verschaffen. Bei Aufstellung des Inventars darf auf das Verzeichnis der zur Masse gehörigen Gegenstände verwiesen werden. Aus dem Zwecke der Darlegung der Vermögenslage ergiebt sich, dass auch Aussonderungsansprüche bezüglich der in das Verzeichnis aufgenommenen Gegenstände und das Verhalten des K.-V. dazu, sowie die bezüglich der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft bestehenden Verhältnisse (§ 44) zu erwähnen sind.

2) Die Offenlegung des Inventars und der Bilanz, sowie der über die Siegelung und Entsiegelung aufgenommenen Protokolle wurde vorgeschrieben, damit sich jeder Gläubiger über die Sachlage eingehend unterrichten könne. Die Erteilung von Abschriften wird nicht leicht versagt werden. Ein ausdrückliches Recht darauf wurde mit Rücksicht auf die wünschenswerte Verminderung des Schreibwerkes der Gerichte nicht eingeräumt. Da eine zeitliche Beschränkung in Ansehung der Offenlegung nicht vorgesehen wurde, hat sich diese auf die ganze Dauer des Kv. zu erstrecken[1]. Bezüglich des Rechtes einzelner Gläubiger, auf Vollzug des § 114 zu klagen, vgl. Bem. 2 zu § 74.

[1] v. Völderndorff Bd. 2 S. 278.

V. Offenbarungseid des Gemeinschuldners. (§ 115.)

1) Da der Gemeinschuldner zu einer vollständigen Angabe seines Vermögens verpflichtet ist und auf der gewissenhaften Einhaltung dieser Verpflichtung die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars beruht, muss er nach Aufstellung und auf Grund des Inventars auf Verlangen den Offenbarungseid leisten. Die K.-O. entzieht diese Verpflichtung jedem Rechtsstreite und erklärt sowohl den K.-V. als jeden K.-Gl. für befugt, die Leistung des Eides zu fordern. Dass der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel hat, ist einerseits nicht erforderlich und hat andrerseits nicht notwendig die Wirkung, dass die Eigenschaft als K.-Gl. bewiesen wird. Solange die Forderung des Antragstellers nicht festgestellt ist, kann aber der Gemeinschuldner diesem die Konkursgläubigereigenschaft bestreiten und sich dadurch der Leistung des Eides entziehen.[1]. Die Abnahme des Eides bildet nicht einen Teil des Kv., sondern soll ebenso erfolgen, wie auf Grund sonstiger Verpflichtungen eines Schuldners zur Leistung dieses Eides (C.-P.-O. § 711). Eine Ausdehnung der Verpflichtung auf den Ehegatten, die Kinder, Dienstboten und Gehilfen des Gemeinschuldners wurde nicht für gerechtfertigt gehalten, weil bei der allgemeinen Vorschrift des § 67 und der Strafvorschrift des § 212 die Ausdehnung gewissenhaften Personen gegenüber als Belästigung erscheinen würde (M. S. 346).[2])

2) Für die Abnahme des Eides ist nicht das Konkursgericht als solches, sondern das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht zuständig (§ 780 C.-P.-O.). Dies hat zunächst nur für Amtsgerichte Bedeutung, bei welchen mehrere Richter angestellt sind und der mit den Konkurssachen befasste Richter nicht mit der Abnahme der Offenbarungseide beauftragt ist. Es besteht aber auch noch ein Unterschied zwischen der Vorschrift des § 780 C.-P.-O. über die Zuständigkeit und derjenigen des § 115. Nach § 780 C.-P.-O. ist nur das Amtsgericht des Wohnsitzes und Aufenthaltsortes zuständig. Nach der K.-O. dagegen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gemeinschuldner früher seinen Wohnsitz hatte, auch dann zuständig sein, wenn er sich nicht in diesem Bezirke aufhält (§§ 64, 208 K.-O., § 18 C.-P.-O.).[3]) Diese Erweiterung der Zuständigkeit des Amtsgerichtes ist nicht nur insofern von Bedeutung, als dieses Gericht auch ein ausländisches Gericht um Abnahme des Offenbarungseides ersuchen kann.[4]) Vielmehr darf es den Offenbarungseid auch selbst abnehmen, obgleich sich der Gemeinschuldner zur Zeit der Ladung in einem andern Gerichtsbezirke aufhält.

3) Das Verfahren beginnt auch hier nach § 781 Abs. 1 C.-P.-O. mit der Ladung des Gemeinschuldners in eine Sitzung des Amtsgerichtes und nimmt nach deren §§ 782, 783, 785—794 seinen Fortgang; die §§ 784, 795 entziehen sich der Anwendung. Im übrigen vgl. die Bem. zu §§ 780 ff. C.-P.-O. im Kommentar von Petersen. Obgleich der Gemeinschuldner auf Antrag zur Leistung des Offenbarungseides immer vorzuladen und dessen Verpflichtung zur Eidesleistung durch das Gesetz festgestellt ist, können sich, wenn ein Gläubiger die Leistung des Eides verlangt, doch Streitigkeiten über dessen Befugnisse oder über seine Eigenschaft als K.-Gl. ergeben, welche das Vollstreckungsgericht zu entscheiden hat. Vorausgesetzt wird zur Berechtigung des K.-Gl., dass er seine Forderung bereits angemeldet hat, denn wer seine Forderung nicht anmeldet, kann im Kv. auch diejenigen Rechte nicht ausüben, welche das Gesetz den K.-Gl. als solchen einräumt.[5]) Dagegen ist es nicht erforderlich, dass die angemeldete Forderung im Prüfungstermin anerkannt oder durch ein rechtskräftiges, in einem Feststellungsprozess ergangenes Urteil fest-

[1]) Teilw. a. M. Kohler S. 395, 396, der einen Vollstreckungstitel verlangt, weil der Offenbarungseid ein Vollstreckungsakt sei.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1889, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 177; Kohler S. 308.

[3]) Francke, Offenbarungseid S. 18.

[4]) Francke a. a. O. S. 19.

[5]) Fitting S. 300 § 37 Nr. IV.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 281; v. Wilmowski S. 337. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 519 verlangt Zulassung der angemeldeten Forderung zur Prüfung.

gestellt worden ist. Wenn der Gemeinschuldner die Befugnis des K.-Gl., von ihm den Offenbarungseid zu verlangen, nicht bestreitet, so braucht dieser seine Forderung überhaupt nicht nachzuweisen. Von Amts wegen ist diese Befugnis nicht zu prüfen. Bestreitet der Gemeinschuldner dieselbe, so ist damit allerdings die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides in Abrede gestellt. Ob diese Verpflichtung zu Recht besteht, hat aber das Vollstreckungsgericht festzustellen, das nach § 781 C.-P.-O. über den Widerspruch durch Urteil zu entscheiden hat. Die Zuständigkeit dieses Gerichtes erstreckt sich nicht bloss auf die Frage, ob eine Konkursforderung vorliegt, sondern auch darauf, ob die angemeldete Forderung zu Recht besteht.[1]) Es genügt dann, dass die Forderung im Prüfungsverfahren anerkannt ist. Auch wird, sofern Zweifel bestehen, das Vollstreckungsgericht in der Regel die Sache vertagen, bis über die Feststellung der Forderung entschieden ist. Eine Entscheidung dieses Gerichtes kann übrigens auch auf Grund anderer Einwendungen des Gemeinschuldners z. B. deshalb erforderlich werden, weil dieser geltend macht, ein Kv. bestehe nicht oder nicht mehr zu Recht, der Antragsteller sei nicht K.-V., er — Gemeinschuldner — habe den Offenbarungseid für dieses Kv. bereits auf Antrag einer andern Person geleistet u. s. w. In allen diesen Fällen ist die Verpflichtung zur Eidesleistung bestritten; es kommt also § 781 C.-P.-O. zur Anwendung.[2]) Die frühere Leistung des Eides in einem Zwangsvollstreckungsverfahren oder mit Bezug auf ein anderes Kv. befreit den Gemeinschuldner jedenfalls dann nicht, wenn glaubhaft gemacht wird, dass er später, jedoch vor der K.-E., neues Vermögen erworben habe (§ 784 C.-P.-O.). Die Eidesleistung auf Grund des § 115 K.-O. befreit ihn niemals von der Eidesleistung, welche in einem Vollstreckungsverfahren verlangt wird, weil hier das ganze Vermögen, dort nur das zur Zeit der K.-E. vorhandene und in die Masse fallende Vermögen angegeben werden muss.[3]) Auch absonderungsberechtigte K.-Gl. sind befugt, den Offenbarungseid zu verlangen, da ihnen eine nur der Höhe nach bedingte Forderung zusteht (Bem. 3 zu § 57). Dagegen kommt Aussonderungsberechtigten diese Befugnis nicht zu. Hat der Gemeinschuldner den Offenbarungseid geleistet oder wegen dessen Verweigerung in dem nämlichen Verfahren schon sechs Monate Haft erduldet, so kann er zur Leistung des Eides nicht mehr angehalten werden, da die Voraussetzungen der §§ 784 und 795 C.-P.-O. im Kv. nicht vorliegen können.[4]) Die Entziehung des dem Gemeinschuldner bewilligten Unterhaltes, welche im ersten Entwurfe (§ 125) als Folge der Eidesverweigerung vorgesehen war, verfügt die K.-O. nicht. Doch kann die Verweigerung des Eides auf die Entscheidung der Gläubigerversammlung (§ 120) von Einfluss sein. Eine weitere Wirkung der Eidesverweigerung besteht in der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs (§ 162 Z. 1). Die Eidesleistung kann nach § 782 C.-P.-O. durch Haft erzwungen werden. § 93 K.-O. findet hier keine Anwendung; vielmehr ist lediglich die C.-P.-O. maassgebend. Auch die Norm des Eides ist dieselbe wie sie § 711 C.-P.-O. vorschreibt; jedoch muss der Richter den Gemeinschuldner darauf hinweisen, dass der Vermögensstand z. Z. der K.-E. maassgebend ist.[5])

§ 116.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

[1]) V. Fitting § 37 Anm. 15, 16; Stieglitz S. 492; Willenbücher S. 165 Nr. 4; v. Völderndorff u. v. Wilmowski a. a. O. A. M. Endemann S. 457; Oetker a. a. O.; v. Sarwey S. 633 Nr. 3; Francke a. a. O. S. 17, 18.

[2]) Teilweise a. M. Francke a. a. O. S. 102.

[3]) Friedländer in Gruchot Bd. 33 S. 589.

[4]) Fitting § 37 Anm. 16; Francke a. a. O. S. 33; Meves S. 132 und die Kommentare.

[5]) A. M. nur Friedländer in Gruchot Bd. 33 S. 751 Anm. 3.

§ 117.

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Maassgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwertung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstand ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu verwerten hat. Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.

(E. §§ 116, 117; M. S. 346—349; K. S. 84—87; pr. K.-O. §§ 263—271).

1) Soweit Absonderungsrechte nicht bestehen, wird der K.-V. die zur Masse gehörigen Gegenstände regelmässig in den gewöhnlichen Formen, sei es im Wege der Versteigerung sei es aus freier Hand, veräussern. Ein Bedürfnis nach Zwangsversteigerung kann hier kaum hervortreten. Der K.-V. bedarf jedoch zur Veräusserung aus freier Hand für gewisse Fälle der Genehmigung des Gl.-A. oder der Gl.-V. (§ 122). Das Bestehen eines Absonderungsrechtes entzieht dem K.-V. an sich nicht die Möglichkeit, die Gegenstände, auf welche sich dieses Recht erstreckt, mit der auf ihnen ruhenden Belastung zu veräussern, sei es, dass diese aufrechterhalten, sei es, dass der Absonderungsberechtigte vom K.-V. befriedigt wird (Bem. II. 3 zu § 3). Aber dieser Weg erweist sich häufig als ungeeignet, da es nicht immer gelingt, unter derartigen Umständen einen Käufer zu finden, und ebensowenig der K.-V. stets in der Lage ist, oder ein Interesse daran hat, die Absonderungsberechtigten auszuzahlen. Es machte sich hiernach das Bedürfnis nach einer Veräusserungsart geltend, welche die auf den zu veräussernden Gegenständen haftenden Rechte beseitigt und die Befriedigung der Realgläubiger durch Verteilung des Erlöses ermöglicht. Diesem Bedürfnisse wird durch die Zulassung der Veräusserung in den Formen der Zwangsvollstreckung genügt. Dadurch ist der K.-V. in die Lage gesetzt, die Interessen der K.-Gl. gegenüber denjenigen der Absonderungsberechtigten zu wahren. Zweifelhaft ist es, ob der K.-V. die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung nach § 116 wie nach § 117 nur dann betreiben kann, wenn und soweit in Ansehung der zur Masse gehörigen Liegenschaften Absonderungsrechte bestehen, oder ob er hierzu auch dann berechtigt ist, wenn solche Rechte nicht geltend gemacht werden können. Für die erste Auffassung spricht der Zweck der Vorschrift bezw. der Umstand, dass ein Bedürfnis nach Einhaltung der Zwangsvollstreckungsformen nicht besteht, soweit die Liegenschaften nicht belastet sind, der Erlös sonach unbeschränkt in die Masse fliesst und lediglich den K.-Gl. zugut kommt. Die andere Ansicht verdient jedoch den Vorzug, weil § 116 (im Gegensatze zu § 117) keinerlei Beschränkung enthält und auch in den Mot. (Bem. 2 S. 397) nicht durch das Vorhandensein von Absonderungsrechten, sondern aus der Natur des Kv. als eines Zwangsverfahrens gerechtfertigt wurde, endlich weil das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, unbedingt für solche Rechtsgebiete Wert hat, in welchen Absonderungsrechte, insbesondere gesetzliche Hypotheken von der Einschreibung unabhängig sind. Übrigens wird es nur selten vorkommen, dass die

Grundstücke des Gemeinschuldners nicht mit Hypotheken belastet sind. [1]) Als Titel des K.-V. ist der Eröffnungsbeschluss anzusehen, der Vollstreckungstitel im Sinne des § 702 Z. 3 C.-P.-O. ist (Vorbem. 4 zu §§ 107 ff.). Macht der K.-V. den Absonderungsberechtigten gegenüber von den ihm durch die §§ übertragenen Befugnissen Gebrauch, so tritt er ihnen als Vertreter des Gemeinschuldners entgegen und betreibt als solcher das Verfahren. [2]) Er braucht übrigens nicht abzuwarten, bis Absonderungsrechte geltend gemacht werden, sondern kann ohne weiteres mit der Zwangsvollstreckung vorgehen, um die etwaige abgesonderte Befriedigung vorzubereiten und zu beschleunigen. [3]) In allen Fällen handelt es sich nur um eine Befugnis des K.-V., welche er im Interesse der K.-Gl. auszuüben hat, nicht um eine Verpflichtung desselben gegenüber den Absonderungsberechtigten. [4]) Den Erlös muss er jedoch, soweit das Absonderungsrecht reicht, den Absonderungsberechtigten zukommen lassen; nur den Überschuss darf er zur Masse ziehen. [5]) Wenn nach den Belastungen mit Sicherheit zu erwarten ist, dass sich aus dem Verkaufe ein Überschuss für die Masse nicht ergeben wird, so ist dessen Vornahme für den K.-V. sowenig geboten, wie die Einklagung uneinbringlicher Forderungen (M. S. 349). Ein Antrag, nach welchem der K.-V. verpflichtet sein sollte, auf Antrag eines Absonderungsberechtigten, welcher zugleich K.-Gl. sei, die Zwangsveräusserung zu betreiben, wurde zurückgezogen (K. S. 84—86). Die zwangsweise Veräusserung der zur Masse gehörigen Sachen ist auch dann, wenn sie in den Formen des Vollstreckungsverfahrens erfolgt, nicht als wirkliche Zwangsvollstreckung anzusehen, durch welche die Befriedigung eines bestimmten Anspruches erzwungen werden soll. [6]) Vielmehr handelt es sich auch hier um einen Verkauf, den der K.-V. in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners vornimmt. Daraus erklärt es sich, dass in den Fällen, in welchen der K.-V. den Weg der Zwangsvollstreckung wählt, eine Person fehlt, g e g e n w e l c h e dieselbe betrieben wird. [7]) Der K.-V. betreibt die Veräusserung als Vertreter des Gemeinschuldners. Wenn ein Landesgesetz sagt, der Gemeinschuldner sei nicht Beteiligter, und der K.-V. habe die Stellung eines Beschlagnahmegläubigers (bayer. Subh.-O. Art. 171), so bedeutet das nur, dass nicht der Gemeinschuldner selbst, sondern der K.-V. als betreibender Teil anzusehen ist und das Verfahren auch n i c h t g e g e n den erstern betrieben wird. Die rechtliche Stellung des K.-V. und sein Verhältnis zum Gemeinschuldner wird dadurch nicht berührt. Wenn er in Gemässheit der §§ 116, 117 in Ausübung seines Betreibungsrechtes Anträge in Ansehung der Art und Weise der Zwangsvollstreckung stellt und dadurch den Absonderungsberechtigten entgegentritt, so macht er nicht ein die Veräusserung hinderndes Recht geltend. Er macht nicht geltend, dass eine Veräusserung ausgeschlossen, sondern dass er zu deren Vornahme befugt sei. Es trifft daher nicht § 690 C.-P.-O. zu. [8]) Selbstverständlich fallen bei den auf Betreiben des K.-V. einzuleitenden

[1]) Fitting § 23 Text u. Anm. 14; Hellmann, bayer. Subh.-O. S. 199 Nr. 1; Krech u. Fischer, pr. Subh.-O. S. 666 Nr. 4; König S. 65; Meisner S. 291; v. Sarwey S. 637 Nr. 1 Bem. 4; v. Völderndorff Bd. 2 S. 286 Anm. 7; Willenbücher S. 166 Nr. 1 a. E.; v. Wilmowski S. 338. A. M.: Hullmann S. 259; Ortenau, bayer. Subh.-O. (II. Aufl.) S. 482; Stieglitz S. 497; Wengler S. 514 Nr. 1, welche teilweise annehmen, dass die K.-O. das Bestehen von Absonderungsrechten voraussetzt, die Landesgesetze aber dem K.-V. die Zwangsvollstreckung auch für andere Fälle gestatten könnten.

[2]) R.-G. (IV.) 10. Nov. 1890, R.-Anz. 1891, bes. Beil. S. 59 u. Jur. Woch. 1891 S. 11 Nr. 28. A. M. O.-L.-G. Hamburg 2 Juli 1890, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 251; v. Wilmowski zu § 690 C.-P.-O. Nr. 2 a. E.; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. Bd. 1 S. 159 ff., bes. 162.

[3]) v. Sarwey S. 637 Nr. 1 Bem. 4; Stieglitz S. 497; v. Völderndorff Bd. 2 S. 287.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 2. Juli 1889, Hans. Gerichtsz. Bd. 10 (Beibl.) S. 251.

[5]) R.-G. (IV.) 10. Nov. 1890 a. a. O.

[6]) Krech u. Fischer, pr. Subh.-O. S. 666 Nr. 4; O.-L.-G. Hamburg 16. Mai 1888, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 10 S. 20 ff. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 295 Text u. Anm. 12; Willenbücher S. 167 Nr. 3, welche annehmen, das Verfahren sei gegen die Absonderungsberechtigten gerichtet.

[7]) Fitting § 7 Anm. 25; Willenbücher S. 166 Nr. 2; v. Wilmowski S. 338.

[8]) R.-G. (I.) 7. März 1888, Jur. Woch. 1888 S. 136.

Zwangsverkäufen von beweglichen oder unbeweglichen Sachen die bei der Zwangsvollstreckung dem Schuldner vor dem wirklichen Angriffe des Pfandes etwa zu gestattenden und von den Absonderungsberechtigten auch im Kv. zu beachtenden Fristen hinweg.

2) Bezüglich des § 116 wurde in den Mot. (S. 347) bemerkt: „Der § 116 verleiht dem K.-V. das Recht, die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen oder als solche geltenden Gegenstände bei der zuständigen Behörde zu betreiben.“ Damit kann nur die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, nicht eine anderweitige gerichtliche Versteigerung gemeint sein, zumal das Wort „Zwangsverwaltung“ sonst, da die Massebestandteile ohnedies einer zwangsweisen Verwaltung unterworfen sind, gegenstandslos wäre.[1]) Dem Gemeinschuldner gegenüber ist diese Bestimmung selbstverständlich, da für ihn der Konkurs immer, wenn auch nicht der Form, so doch dem Wesen nach, die Eigenschaft eines Zwangsverfahrens behält. Aber auch im Verhältnisse zu den Hypothekgläubigern ist die Vorschrift gerechtfertigt. Sowohl nach der neuern gemeinrechtlichen Praxis als nach den meisten neuern Pfandgesetzen kann nicht nur der jüngere Hypothekgläubiger, sondern auch der persönliche Gläubiger auf Grund eines Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung in das Grundstück seines Schuldners betreiben. Wenn die K.-E. dieses Recht dem Einzelnen im Interesse Aller entzieht (§ 11), so muss dafür, soll der Zweck dieser Rechtsbeschränkung erreicht werden, der Gesamtheit ein Ersatz gewährt werden, und dieser liegt in der Übertragung dieser Befugnis auf den K.-V. Den Hypothekgläubigern wäre Grund zur Beschwerde nur dann gegeben, wenn ihnen zugleich ein Opfer an ihren materiellen Rechten zugemutet würde. Dessen enthält sich aber die K.-O. in dem Bestreben, das Immobiliarrecht der verschiedenen Einzelstaaten unangetastet zu lassen (Bem. zu § 39). Aus dem Rechte des K.-V., die Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Liegenschaften u. s. w. zu betreiben, folgt von selbst seine Befugnis, ein bereits anhängiges Verfahren aufzunehmen oder ihm beizutreten, um sich einen bestimmenden Einfluss auf dessen Durchführung zu sichern. Mag er selbst oder ein Absonderungsberechtigter das Verfahren veranlasst haben, dieses bleibt immer selbständig und wird nicht ein Teil des Kv. Seine Leitung gebührt also der nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Behörde (C.-P.-O. §§ 755—757); der K.-V. hat nur die Rechte eines Parteivertreters, und die Wirkungen der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung sind gegenüber den Realgläubigern dieselben, wie wenn ein Konkurs nicht schwebte. Dass die K.-E. ein Zwangsvollstreckungsverfahren, welches von einem Absonderungsberechtigten betrieben wird, nicht unterbricht, wurde bereits früher (Bem. 2 zu § 11) erwähnt.[2]) Solange ein Beschlagnahmebeschluss nicht vorliegt, ist auch ein Vollstreckungsverfahren noch nicht eingeleitet. Die alsdann eintretende Anwendung des § 11 bildet sonach keine Ausnahme von der Regel. Will der K.-V. dem Gläubiger das Vollstreckungsverfahren aus der Hand nehmen, so muss er ihm hiernach von seiner Absicht Mitteilung machen und nun seinerseits bei dem zuständigen Vollstreckungsgerichte die nötigen Anträge stellen. In welcher Weise dies zu geschehen hat, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurteilen. In Ermangelung entgegenstehender Vorschriften bleibt das vom Absonderungsgläubiger durchgeführte Verfahren in Kraft und ist der K.-V. berechtigt, es fortzusetzen. Auch steht ihm das Recht zu, dem Absonderungsberechtigten die weitere Betreibung des Verfahrens zu überlassen und sich nur ihm anzuschliessen.[3]) Wurde das Vollstreckungsverfahren nicht von einem Absonderungsberechtigten, sondern von einem gewöhnlichen K.-Gl. betrieben, so wird es durch

[1]) Rheinpr. Amtsrichterz. Bd. 2 S. 184 ff.; O.-L.-G. Colmar 17. Nov. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 39 ff.

[2]) Hellmann, bayer. Subh.-O. S. 197; Meisner S. 290; Ortenau, bayer. Subh.-O. (II. Aufl.) S. 479, 480; v. Sarwey S. 638 Nr. 4 Bem. 6; Stieglitz S. 496; Wengler S. 515 Nr. 3; v. Wilmowski S. 339 Nr. 2.

[3]) v. Sarwey a. a. O.; Stieglitz S. 498 Nr. 2.

die K.-E. gehemmt, da Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner K.-Gl. weder eingeleitet noch fortgesetzt werden dürfen (Bem. 1 zu § 11). Wenn der K.-V. in diesem Falle von der Befugnis, die Zwangsversteigerung zu betreiben, Gebrauch machen will, so ist er berechtigt, das begonnene Verfahren ohne Wiederholung der bereits vorgenommenen, zum Verfahren gehörigen Handlungen einfach fortzusetzen.[1])

3) Durch § 117 wird an sich dem Absonderungsberechtigten nicht die Befugnis entzogen, die von ihm eingeleitete Zwangsvollstreckung durch Versteigerung weiter zu betreiben. Sofern er damit dem K.-V. zuvorkommt, ist vielmehr die Versteigerung gültig. Der K.-V. kann dem weiteren Betriebe der Zwangsvollstreckung durch den Absonderungsberechtigten nicht deshalb widersprechen, weil er selbst später die Zwangsversteigerung betreiben wolle.[2]) Es steht ihm aber das Recht zu, seinerseits die Zwangsversteigerung in die Hand zu nehmen, sofern der Gläubiger die Sache noch nicht verwertet hat. Demgemäss versagt § 117 den mit einem Faustpfandrechte an einer beweglichen Sache versehenen und den ihnen gleichgestellten Gläubigern (§ 41 K.-O.) das Widerspruchsrecht gegen den von dem K.-V. beantragten Zwangsverkauf und verweist sie mit ihren Ansprüchen auf den Erlös. Der Vermieter gehört zu den Gläubigern, welche den Faustpfandgläubigern gleichstehen, auch dann, wenn er den Mietvertrag mit dem K.-V. fortgesetzt hat und für die Zeit nach der K.-E. eine Forderung und ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend macht (Bem. II. 2a und II. 4 zu § 41 S. 219 u. 226).[3]) Die C.-P.-O. (§ 710) gewährt allerdings den Gläubigern, welche auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes sich im Besitze einer Sache befinden, ein Widerspruchsrecht gegen deren Pfändung für andere Gläubiger ihres Schuldners. Für den Konkurs besteht aber ein solches Widerspruchsrecht nicht. Soweit dritten Personen ein Widerspruchsrecht auf Grund eines andern Rechtes als der Befugnis zur abgesonderten Befriedigung zustehen sollte, wird dasselbe durch § 117 nicht berührt.[4]) § 690 C.-P.-O. kann nicht Anwendung finden, weil es sich der Sache nach hier nicht um eine Zwangsvollstreckung handelt (Vorbem. 2 zu § 107 ff., Vorbem. 1 zu § 35 ff.). Das Aussonderungsrecht giebt jedenfalls die Befugnis, der Veräusserung zu widersprechen, gleichviel in welcher Form diese erfolgt (Vorbem. 2 zu § 107 ff.). Wenn der Absonderungsberechtigte dem Verkaufe aus freier Hand durch den K.-V. ohne Vorbehalt zustimmt, so ist darin nicht ohne weiteres ein Verzicht auf das Absonderungsrecht zu finden. Ein solcher Verzicht kann aber unter Umständen, besonders dann angenommen werden, wenn der K.-V. das Absonderungsrecht bestritten und der Gläubiger trotzdem ohne Vorbehalt in den freihändigen Verkauf eingewilligt hat.[5])

Eine Ausnahme von Abs. 1 war nur zugunsten derjenigen Gläubiger notwendig, welche das Recht haben, sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Pfande zu befriedigen. Für diese ist nicht bloss der Zeitpunkt, sondern auch die Art des Verkaufes von Bedeutung, und die freie Bestimmung über die letztere ist häufig so wesentlich, dass deren Entziehung zu einer Beschädigung des Pfandgläubigers führen könnte. Abs. 2 lässt daher dieses Recht im Kv. bestehen, gleichviel ob es auf Gesetz, Vorzugsrecht oder rechtsgültiger Verabredung beruht. Ob eine solche Befugnis vorliegt, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. Als gerichtliches Verfahren gilt übrigens jede das Verfügungsrecht des Pfandgläubigers beschränkende Verfügung eines Gerichtes, so dass die zahlreichen Fälle, in denen das H.-G.-B. dem Pfandgläubiger den Verkauf der Sache auf Grund einer von ihm nachzusuchenden gerichtlichen Anordnung gestattet (H.-G.-B. Art. 310, 374, 375, 382, 387, 409, 624, 626, 629, 675, 727), nicht unter die Ausnahmen gehören. In der Reichstagskommission

[1]) v. Sarwey a. a. O.; Stieglitz S. 498 Nr. 3; v. Wilmowski S. 340.
[2]) O.-L.-G. Naumburg 27. Jan. 1887, Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 1 S. 175.
[3]) R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. 14 S. 1 ff., bes. S. 3.
[4]) Willenbücher S. 167 Nr. 4; v. Wilmowski S. 343 Nr. 4.
[5]) R.-G. (V.) 13. Nov. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 163 u. Jur. Woch. 1886 S. 445 a. E.

stellte Goldschmidt die Frage, ob Abs. 1 oder Abs. 2 des § 117 Anwendung finde, wenn das Gericht dem Pfandgläubiger auf Grund des Art. 310 den freihändigen Verkauf gestatte und zur Zeit der K.-E. dem Gläubiger diese Ermächtigung bereits erteilt sei, aber der Verkauf noch ausstehe. Darauf gab Hauser unter Zustimmung von Hagens und Hullmann die zutreffende Erklärung ab: „Sofern der Gläubiger das Gericht nicht mehr anzugehen brauche, also in dem vom Vorredner angegebenen Falle, finde Abs. 2 des § 117 Anwendung; es komme auf das konkrete Recht des Gläubigers im Augenblicke der K.-E. an.“ Auch stellte der Vorsitzende ohne Widerspruch fest, dass diese Auslegung der Meinung der Kommission entspreche (K. S. 87). Dass der Gläubiger bei der Verwertung des Pfandes nach dem H.-G.-B. immer als Verkäufer anzusehen ist, kommt nicht in Betracht. Auch bei dem gerichtlichen Verkaufe ist der Gläubiger, nicht das Gericht oder der Gerichtsvollzieher, der namens des Gläubigers handelt, Verkäufer.[1])

Wurde dem Pfandgläubiger, der sich in der im Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmestellung befindet, das Recht des aussergerichtlichen Verkaufes belassen, so sollte andererseits der K.-V. solchen Gläubigern gegenüber „nicht auf die volle Einlösung oder auf den Privatverkauf der Sache mit dem auf ihr haftenden Pfandrechte beschränkt bleiben“. Vielmehr erlangt er bezüglich der in Frage stehenden Gegenstände das Recht des Zwangsverkaufes, wenn der Gläubiger innerhalb einer ihm vom Konkursgerichte gesetzten Frist von seinem Verkaufsrechte keinen Gebrauch macht. Dieser Ausweg tritt den Rechten des Pfandgläubigers nicht zu nahe, zumal auch im Wege der Zwangsvollstreckung nach den §§ 721, 722 C.-P.-O. der Gerichtsvollzieher das Pfandstück aus freier Hand verkaufen und nach § 726 das Vollstreckungsgericht jeden anderweitigen der Sachlage entsprechenden Verkauf anordnen kann. Betritt demgemäss oder zufolge der Regel des § 117 Abs. 1 der K.-V. den Weg des Zwangsverkaufes der Pfandsache, so findet nicht bloss auf dessen Bewirkung, sondern auch auf die Befriedigung des Pfandgläubigers die C.-P.-O. Anwendung. Die Befriedigung erfolgt nicht etwa nach Maassgabe der §§ 58, 60, 62, 63 K.-O.; vielmehr muss, wenn die Befriedigung nicht sofort und bei mehreren Pfandgläubigern nicht vollständig geschehen kann, der Erlös nach §§ 728 Abs. 3, 751 Abs. 3, 758 ff. C.-P.-O. hinterlegt und verteilt werden. Aus der Natur des Kv. und den besondern Bestimmungen der K.-O. ergeben sich übrigens mannigfache Abweichungen von der C.-P.-O. So ist, wenn es sich um die Verwertung von Forderungen handelt, eine besondere Überweisung an den K.-V. nicht erforderlich, weil die Forderung ohnedies zur Masse gehört (K. S. 87). Vielmehr genügt die Pfändung, welche, wenn Absonderungsberechtigte vorhanden sind, immerhin erforderlich ist, weil der offene Arrest den Schuldner nicht verhindert, an diese zu zahlen.[2]) So begründet ferner die vom Gerichtsvollzieher bezüglich einer körperlichen Sache vorgenommene Besitzergreifung hier nicht dies in der C.-P.-O. vorgesehene Pfändungspfandrecht.

§ 118.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben notdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.

[1]) Fitting § 20 Anm. 8; v. Sarwey S. 642 Nr. 5; Stieglitz S. 501; Wengler S. 519; Willenbücher S. 168; v. Wilmowski S. 343, 344 Nr. 5. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 298, 299.

[2]) Stieglitz S. 500 Nr. II.; Willenbücher S. 167 Nr. 3; v. Wilmowski S. 342 Nr. 3. A. M. v. Sarwey S. 641 Nr. 3, welcher bei Forderungen auch die Pfändung für überflüssig hält und v. Völderndorff Bd. 2 S. 296 Anm. 13, der auch die Überweisung für nötig zu halten scheint.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schliessen oder fortzuführen und die Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichtes zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt, so beschliesst dieser über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäftes und über die Hinterlegung der Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten.

§ 119.

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Maassregeln zu berichten.

§ 120.

Die Gläubigerversammlung beschliesst über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie zu bewilligende Unterstützung, über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäftes und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen.

Die Gläubigerversammlung beschliesst, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwertung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll.

(E. §§ 118—120; M. S. 350—353.; K. S. 87, 89, 90; pr. K.-O. §§ 132, 136a. 144, 161—163, 221, 224, 225, 244, 336)

I. Unterstützung des Gemeinschuldners. (§ 118 Abs. 1 und § 120.)

1) Über die Grenzen des § 1 Abs. 2 hinaus steht dem Gemeinschuldner ein rechtlicher Anspruch auf Gewährung von Unterhalt aus der Masse nicht zu. Aus Billigkeitsgründen wurde jedoch die Möglichkeit seiner Unterstützung vorgesehen. Eine solche kann dem Gemeinschuldner selbst sowie seiner Familie bewilligt werden und zwar nicht bloss der Ehefrau und den Kindern, sondern auch andern Verwandten, welche mit dem Gemeinschuldner zusammenleben, z. B. einer Mutter oder Schwester, welche ihm die Haushaltung führt, gleichviel ob der Gemeinschuldner verpflichtet ist, deren Unterhalt zu bestreiten oder nicht.[1]) Die endgültige Entscheidung der Frage, ob eine solche Unterstützung, welche nach § 51 Z. 3 zu den Massekosten gehört, zu bewilligen ist, steht nach § 120 der Gl.-V. zu. Bis zu deren Zusammentritt kann aber nach § 118 Abs. 1 auch der K.-V. mit Genehmigung

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 303; v. Wilmowski S. 345 Nr. 2. A. M.: Fitting § 23 Anm. 42; v. Sarwey S. 644 Nr. 4; Stieglitz S. 504 Nr. 3; Willenbücher S. 169 Nr. 3.

des Gerichts oder des Gl.-A. den notdürftigen Unterhalt gewähren (Bem. II. 3 zu § 51). An andere Voraussetzungen als den vorhandenen Notstand ist die Zulässigkeit der Bewilligung nicht geknüpft. K.-V. und Gl.-A. oder Gericht sollen selbst erwägen, welches Gewicht sie auf die moralische Würdigkeit des Gemeinschuldners legen wollen. Sie können übrigens auch, wenn der Gemeinschuldner stirbt, seiner Familie Unterstützung gewähren. Dass zum notdürftigen Unterhalte auch eine Wohnung gewährt werden kann, wurde als selbstverständlich angesehen, weil es eine unnütze Härte wäre, diese dem Gemeinschuldner zu entziehen, solange sich nicht Gelegenheit zu einer andern für die K.-Gl. nützlichen Verwertung hiefür finde. Ihre ausdrückliche Erwähnung ist nur deshalb unterblieben, um nicht der aus der Fassung der pr. K.-O. (§ 162) gezogenen Folgerung neuen Anhalt zu gewähren, dass die Einräumung der Wohnung auf Kosten und gegen den Willen der Pfandgläubiger erfolgen könne. Wenn der K.-V. oder der Gl.-A. die vorläufige Unterstützung versagt, muss der Gemeinschuldner die Entscheidung der Gl.-V. abwarten. Das Gericht kann ihm nur insoweit behilflich sein, als es diese sofort einberuft. Hat der K.-V. Unterstützung bewilligt, so steht, wenn das Gericht die Genehmigung versagt, dem Gemeinschuldner wie dem K.-V. die sofortige Beschwerde zu. Es liegt hier eine förmliche Entscheidung im Sinne des § 66 vor, bezüglich deren der Gemeinschuldner und der K.-V. als Beteiligte anzusehen sind.[1])

2) Die Gläubigerversammlung hat über die zu bewilligende Unterstützung ganz frei zu entscheiden; sie kann, wenn der K.-V. Unterstützung bewilligt hat, diese entziehen oder vermindern aber auch erhöhen und ebenso Unterstützung bewilligen, wenn jener eine solche verweigert hatte. An die Beschränkung des § 118 auf den „notdürftigen" Unterhalt ist die Gl.-V. nicht gebunden. Hat sie nach Ansicht des K.-V. oder eines überstimmten Gläubigers eine zu hohe Unterstützung bewilligt, so kann das Gericht nach § 91 auf Antrag diesen Beschluss aufheben. Wurde dagegen die Unterstützung verweigert oder nach Ansicht des K.-V. oder einzelner Gläubiger in zu geringem Maasse bewilligt, so kann hieran durch Berufung an das Gericht nichts geändert werden. Nach § 91 kann das Gericht zwar die Ausführung eines von der Gl.-V. gefassten Beschlusses untersagen, jedoch nicht eine andere Anordnung an dessen Stelle setzen (Bem. 1 zu § 75). Die Untersagung der Ausführung eines verneinenden Beschlusses ist aber gegenstandslos.

3) Die Beschlussfassung wird regelmässig in der ersten Gläubigerversammlung erfolgen, auf welche die §§ 118, 120 („wenn vom Gerichte ein Gl.-A. bestellt ist"), sich zunächst beziehen. Es ist aber auch zulässig, dass in einer spätern Versammlung über die Unterstützung verhandelt und Beschluss gefasst wird, sei es, weil in der ersten Versammlung unterlassen wurde, die Frage zu entscheiden, sei es, weil sich die Umstände verändert haben, z. B. der Gemeinschuldner anfangs für seine Thätigkeit bei Fortführung des Geschäftes oder für Leistungen an Dritte eine Vergütung erhielt, welche später wegfiel. Ob in derartigen Fällen auch der K.-V. ohne besondere Ermächtigung der Gl.-V. eine vorläufige Unterstützung bewilligen kann, ist zweifelhaft. Der Wortlaut des § 118 scheint eine solche Befugnis auszuschliessen. Die Bejahung der Frage entspricht aber der Absicht des Gesetzes, welches den K.-V. zur vorläufigen Unterstützung im Bedürfnisfalle insoweit ermächtigt, als die Gläubiger noch nicht in der Lage sind, einen endgültigen Beschluss in einer hierzu erforderlichen Versammlung zu fassen.[2]) Von der Unterstützung ist die Vergütung, welche dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen für geleistete oder zu leistende Arbeiten bewilligt wird, wohl zu unterscheiden. Die Höhe dieser Vergütung hat lediglich der K.-V. zu bestimmen bezw. mit dem andern Teil zu vereinbaren (§ 5); § 121 Z. 1 trifft hier nicht zu.

[1]) Endemann S. 113; Stieglitz S. 503; v. Völderndorff Bd. 2 S. 301; Willenbücher S. 168 Nr. 2; v. Wilmowski S. 345 Nr. 1 a. E. A. M. Fitting § 23 Anm. 45.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 300, 301; v. Wilmowski S. 345 Nr. 1. A. M.: Fitting § 23 Anm. 44; v. Sarwey S. 647 § 120 Nr. 1; Stieglitz S. 502.

4) Die Entziehung der Unterstützung steht demjenigen Organ zu, von welchem diese letztere bewilligt worden ist. Die Gl.-V. kann dem Gemeinschuldner die vom K.-V. bewilligte Unterstützung entziehen. Dagegen ist letzterer nicht zur Entziehung oder Beschränkung derjenigen Unterstützung befugt, welche von der Gl.-V. gewährt worden ist.

II. Fortführung und Schliessung des Geschäftes. (§ 118 Abs. 2, § 120 Abs. 1.)

Die vorläufige Bestimmung über die Fortführung des Geschäftes, welche häufig wünschenswert, manchmal unvermeidlich ist, steht zunächst dem K.-V., wenn von dem Gerichte ein Gl.-A. bestellt ist, aber diesem zu. Die endgültige Entscheidung ist der Gl.-V. überlassen. Bei dieser Fortführung kann der K.-V. neue für die Masse und den Gemeinschuldner bindende Verpflichtungen eingehen (vgl. Bem. III. 3 zu § 5). Ob und inwieweit, mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Konzession oder die Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebes durch Stellvertreter, der Fortführung gewerbliche Hindernisse entgegenstehen, bestimmt sich nach §§ 29 ff., 41 ff., 55 ff. der Gew.-O. Das Gericht wurde absichtlich mit der Entscheidung über die Fortführung nicht befasst, kann aber immerhin einen mittelbaren Einfluss ausüben. Es kann dem K.-V. die Entscheidung aus der Hand nehmen, indem es einen vorläufigen Gl.-A. ernennt oder eine Gl.-V. beruft. Bezüglich der Beschlüsse der letztern kann es sodann auf Antrag die Ausführung untersagen, wenn sie dem gemeinsamen Interesse der K.-Gl. widersprechen (§ 91).

III. Hinterlegung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten. Anlegung von Geldern. (§ 118 Abs. 2 und § 120 Abs. 1).

1) Bezüglich der Einnahmen wurde von Beschränkungen des K.-V. in Ansehung der Einnahme selbst (Gegenzeichnung des Gerichtes bei Quittungen des K.-V. u. s. w.) im allgemeinen abgesehen. Für die Bestätigung des Empfangs von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und für Anweisungen des K.-V. auf diese wurde jedoch die Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gl.-A. vorgeschrieben. Im übrigen ist der K.-V. allein zur Empfangnahme aller zur Masse gehörigen Gegenstände, sowie der zu vereinnahmenden Gelder ermächtigt. Die von ihm ausgestellten Empfangsbescheinigungen sind Dritten gegenüber unbedingt wirksam. Durch §§ 118, 120 ist vorgesehen, dass die Geldbestände nicht länger als notwendig in den Händen des K.-V. bleiben oder von ihm zu fremdartigen Zwecken verwendet werden. Dem Grundsatze der Selbstverwaltung (Bem. I. zu §§ 79 ff.) entsprechend, wurde dagegen von einer unbedingten Verpflichtung des K.-V. zur Hinterlegung bei Gericht oder bei einer sonstigen Kasse abgesehen. Bis zum Zusammentritte der Gl.-V. hat der Gl.-A. und, wenn ein solcher nicht bestellt wurde, das Gericht die nähern Anordnungen über die Hinterlegung zu treffen. Es ist sonach auch deren Sache, zu bestimmen, wie viel von den vorhandenen Beständen oder den eingehenden Geldern zu laufenden Verwaltungsausgaben oder anderen Zahlungen zurückgehalten werden soll. Die endgültige Bestimmung darüber, in welcher Weise und unter welchen Bedingungen die Wertsachen, Gelder und Wertpapiere hinterlegt oder angelegt werden sollen, ist der Beschlussfassung der K. Gl. überlassen, welche das grösste Interesse daran haben, die Sicherheit der Hinterlegungsstelle, sowie die Vorteile und Nachteile, welche diese bietet, zu prüfen. Die nutzbringende sichere Anlegung der verfügbaren Gelder durch Ankauf leicht verwertbarer Staatspapiere, Pfandbriefe oder Wechsel ist nicht ausgeschlossen. Die Befolgung der gefassten Beschlüsse durch den K.-V. ist gleichfalls von der Gl.-V. bezw. vom Gl.-A. zu überwachen. Die Androhung hoher Verzugszinsen oder des Verlustes der Vergütung (§ 77) oder der Amtsentsetzung, welche andere Gesetzgebungen für den Fall unterlassener Ablieferung gegen den K.-V. aussprechen, wurde für entbehrlich gehalten (M. S. 352, 353).

2) Auf die Anfrage von Hullmann, welcher Unterschied zwischen „Anlegen" und „Hinterlegen" bestehe, wurde in der Reichstagskommission erwidert: „In § 120 bezeichne

„Hinterlegen“ das blosse Deponieren, „Anlegen“ das Nutzbarmachen insbesondere durch Ankauf von Wechseln, Staatsobligationen u. s. w. Übrigens sei auch durch den Ausdruck „Hinterlegung“ eine Zinsbarmachung der hinterlegten Gelder nicht ausgeschlossen. Dagegen beschränke sich der Ausdruck nicht auf die zu gerichtlichen Hinterlegungen bestimmten Anstalten. Die Hinterlegung könne bei jeder Bank und bei jedermann angeordnet bezw. beschlossen werden.“ Gegen diese Auslegung wurde Widerspruch nicht erhoben (K. S. 88). Die Unterscheidung hat auch eine erhebliche praktische Bedeutung, weil der K.-V. nur zur Hinterlegung, nicht zur Anlage von Geldern befugt ist, sonach diese letzteren nicht in der Weise verwenden darf, dass Verluste durch Kursänderungen eintreten können oder die Gelder nicht jederzeit flüssig zu machen sind.

3) § 118 Abs. 2 bezieht sich seinem Wortlaute nach ebenfalls nur auf die Zeit zwischen der K.-E. und der ersten Gl.-V. Auch hier ist aber wie in Ansehung des Abs. 1 (Bem. I. 3) eine ausdehnende Auslegung gerechtfertigt. Die Notwendigkeit der Hinterlegung oder einer Änderung in Ansehung derselben kann hier in der dringendsten Weise hervortreten, wenn nach der ersten Gl.-V. ein Ereignis, z. B. ein Brand oder Konkurs eingetreten ist, infolge dessen die bisherigen Vorkehrungen als ungeeignet erscheinen. In solchen Fällen ist der K.-V. befugt, vorläufige Verfügungen zu treffen. Auch die Beschlussfassung durch eine spätere Gl.-V., insbesondere die Abänderung früher gefasster Beschlüsse ist zulässig.[1])

IV. Berichterstattung und Rechnungslegung des Verwalters.
(§§ 119 und 120 Abs. 2.)

1) Daraus, dass der Bericht des K.-V. in der ersten Gl.-V. zu erstatten ist, ergiebt sich, dass er mündlich erstattet werden muss. Dieser Vortrag, welcher der Vornahme der Wahlen und der Verhandlung über die in §§ 120, 122 bezeichneten Gegenstände am Besten vorausgeht, soll in Verbindung mit der dem Gemeinschuldner selbst zur Pflicht gemachten Auskunftserteilung den K.-Gl. einen möglichst vollständigen Einblick in die Sachlage verschaffen. Ein mündlicher Bericht wurde für geeigneter gehalten als ein schriftlicher (M. S. 351), weil dadurch zugleich den Gläubigern eine Veranlassung zur stärkern Beteiligung an dem Wahltermin gegeben, und bei Anwendung des jedem Gläubiger zustehenden Fragerechtes die Klarstellung der Sache gefördert werde. Der Bericht darf aber auch schriftlich abgefasst und in der Versammlung (ganz oder teilweise) vorgelesen werden. Wegen der vollständigen Klarlegung muss der Bericht sich auch auf diejenigen Verhältnisse erstrecken, welche voraussichtlich zu den in den §§ 121, 122 vorgesehenen Maassregeln Veranlassung geben. Dieser Teil wird insbesondere von Einfluss sein für die Frage, ob ein Gl.-A. zu wählen ist. Für diese Klarstellung ist die Buchführung des Gemeinschuldners ein wesentliches, in kaufmännischen Konkursen nicht zu umgehendes, Mittel. Nicht bloss der K.-V., sondern auch der Gl.-A. muss sich von ihrer Beschaffenheit überzeugen. Ob sie einer technischen Revision zu unterziehen ist, muss im einzelnen Falle geprüft werden (M. S. 351, 352).

2) Auf Grund der allgemeinen Verhandlung über die Sachlage wird die Gl.-V. die ihr zugewiesenen Beschlüsse in der Regel sofort fassen können. Sie kann diese aber auch dem bestellten Gl.-A. übertragen. Ausser der Beschlussfassung über Unterstützung des Gemeinschuldners, Fortführung des Geschäftes, Hinterlegung von Geldern u. s. w. kommt noch die fortlaufende Überwachung des K.-V. in Betracht. Zu dieser dienen im allgemeinen Anordnungen über die fortlaufende Berichterstattung und Rechnungslegung des K.-V., welche auch dessen Buch- und Aktenführung, die Sammlung der erforderlichen Belege u. s. w. umfassen können, und denen durch das Überwachungsrecht des Gl.-A. (§ 80) sowie nötigenfalls durch die Aufsicht des Gerichtes (§ 76) Nachdruck zu geben ist. In der Regel wird

[1]) Fitting S. 216 § 23 Nr. VI.; v. Sarwey S. 646 Nr. 8.

die Abnahme der von Zeit zu Zeit zu erstattenden Berichte und der Rechnungslegungen, welche letztere am besten schriftlich erfolgen und so die Schlussrechnung in zweckmässiger Weise vorbereiten, dem Gl.-A. übertragen werden.

§ 121.

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen:

1. wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachteil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäfts veranlasst wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;
2. wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt, Prozesse anhängig gemacht, deren Aufnahme abgelehnt, Vergleiche oder Schiedsverträge geschlossen, Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt, Pfandstücke eingelöst, oder Forderungen veräussert werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Wertgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.

§ 122.

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:

1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand oder das Geschäft des Gemeinschuldners im ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräussert werden soll;
2. wenn Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgegeben, oder wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen.

§ 123.

Der Verwalter hat in den Fällen der §§ 121, 122 vor der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung und in den Fällen des § 121, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem

Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Maassregel Mitteilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung erteilt hat, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersagen und zur Beschlussfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen.

§ 124.

Durch die Vorschrift der §§ 121—123 wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.

(E. §§ 121—123, 125; M. S. 354—357; K. S. 87, 88, 170, 171; pr. K.-O. §§ 157—160, 222, 223, 256, 264, 273 ff.)

Abschätzung S. 407.
Anhörung des Gemeinsch. S. 407, 411.
Absonderungsrechte S. 409.
Beschwerde S. 411.
Erbschaften S. 410.
Erfüllung v. Rechtsgeschäften S. 407.
Erstehung S. 410 ff.
Firma S. 410.
Fortlaufende Bezüge S. 409.
Freigebige Verfügung S. 405, 406.
Freihändige Veräusserung S. 409.
Früchte S. 410.
Genehmigung S. 406, 407.
Grundstücke S. 409, 410 ff.
Mangel d. Genehmigung S. 406 Nr. 2. 3.
Pfandstücke, Einlösung S. 409.
Prozesse üb. d. Schuldenmasse S. 408.
Prozesse üb. d. Teilungsmasse S. 407 ff.
Schiedsverträge S. 408.
Unbewegliche Sachen S. 409.
Veräusserung, Begriff S. 410.
Veräusserung d. ganzen Geschäfts S. 409, 410.
Vergleich S. 408.
Vermächtnisse S. 410.
Widerklage S. 408.
Zubehör S. 410.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die §§ 121, 122 beziehen sich auf diejenigen Verfügungen über die Masse, für welche ein Zusammenwirken des K.-V. und der K.-Gl. erfordert wird. Hierbei war einerseits die Rücksicht auf die Wichtigkeit, Tragweite oder Ungewöhnlichkeit einzelner Verfügungen maassgebend, wonach es als unzulässig erschien, lediglich das Ermessen des K.-V. entscheiden zu lassen, andererseits die Erwägung, dass nicht durch zu weit gehende Beschränkungen des letztern die Abwickelung des Liquidationsgeschäftes zum Nachteil der Beteiligten gelähmt werden dürfe. Für Rechtsgeschäfte, bei welchen der letztere Gesichtspunkt vorwiegt, wurde die umständlichere Zusammenberufung und Beschlussfassung der Gl.-V. für unthunlich erachtet und deshalb der K.-V. nur auf eine Verständigung mit dem Gl.-A. angewiesen. Wenn ein solcher nicht bestellt wurde, ist der K.-V. hiernach in der Vornahme der Geschäfte nicht beschränkt. Die Rechtsgeschäfte dieser Art stellt § 121 zusammen. Für die Fälle, in welchen der erste Gesichtspunkt durchschlägt, wurde der K.-V. dagegen in Ermangelung eines Gl.-A. an die Genehmigung der Gl.-V. gewiesen. Die Aufzählung der hierher gehörenden Rechtsgeschäfte enthält § 122. Verfügungen, bei welchen schon eine kurze Zeitversäumnis unwiderrufliche Nachteile für die Masse herbeiführen könnte, z. B. die Aufhebung bestehender Pacht-, Miet- und Dienstverträge wurden einer Mitwirkung der Gläubiger ganz entzogen. Von freigebigen Verfügungen spricht weder § 121 noch § 122,

weil solche überhaupt nicht in den Geschäftskreis des K.-V. gehören und deshalb nicht vorgenommen werden dürfen (Bem. III. 3 zu § 5). Aus der Nichterwähnung solcher Verfügungen darf deshalb nicht geschlossen werden, dass der K.-V. zu freigebigen Verfügungen ohne Genehmigung berechtigt sei[1]). Nur ausnahmsweise hat das Gesetz in § 118 Abs. 1 und § 120 Abs. 1 eine freigebige Verfügung zugunsten des Gemeinschuldners zugelassen.

2) Die in den §§ 121, 122 vorgeschriebene Genehmigung kann auch in allgemeiner Weise erteilt werden. Geschieht dies, so wird durch die erteilte Genehmigung der K.-V. zur Vornahme der Handlung berechtigt und von seiner Verantwortlichkeit entlastet. Die Mitglieder des Gl.-A., welche in dieser Weise verfahren, können sich aber, wenn sie ohne Prüfung der Sachlage die Genehmigung erteilen, einer Pflichtverletzung schuldig machen, welche sie haftbar macht. In den Mot. wurde noch bemerkt, dass es dem K.-V. in dringenden Fällen unbenommen sei, die Genehmigung nach Vornahme der Handlung einzuholen. In solchen Fällen handelt dieser, wenn er die Genehmigung nicht vorbehält, auf eigene Verantwortlichkeit (Bem. III. 2 zu § 5), welche jedoch durch nachträgliche Genehmigung beseitigt wird. Schliesst er ein Rechtsgeschäft unter dem Vorbehalte der nachträglichen Genehmigung ab, so setzt er damit eine Bedingung, deren Eintritt erforderlich ist, damit das Geschäft für ihn bindend wird.

3) In den Fällen der §§ 121, 122 ist nach § 123 auch der Gemeinschuldner zu hören. Die Vorschriften dieses §, wie die der §§ 121, 122, wirken aber nach § 124 nicht nach aussen. Es können sich sonach weder dritte Personen dem Gemeinschuldner, dem Verwalter oder den Gläubigern gegenüber auf eine Verletzung der in Frage stehenden Vorschriften berufen, noch kann diese Dritten gegenüber vom K.-V. selbst oder vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden. Auch das Prozessgericht sowie der Grundbuch- bezw. Hypothekenbeamte kann abgesehen von § 73 Abs. 2 von dem K.-V. weder von Amts wegen noch auf Antrag einen Nachweis über die Befolgung der §§ 121—123 verlangen (Bem. III. 2 zu § 5).[2]) In solchen Fällen kann jedoch gegen den K.-V. auf dem Disciplinarwege vorgegangen und er ausserdem für entstandenen Schaden verantwortlich gemacht, auch ein von ihm beanspruchter Ersatz für die aus Anlass des Geschäftes gemachten Auslagen verweigert werden (§§ 74—76). Die Vorschrift des § 124 wurde in den Mot. (S. 356) in folgender Weise begründet: „Der Verwalter ist nach aussen der gesetzliche Disponent (§ 5). Erregt schon jede gesetzliche Einschränkung eines vertragsmässigen Disponenten, Prokuristen, Liquidators u. s. w. dem Publikum gegenüber Bedenken, so steigern sich dieselben bei einer gesetzlichen Stellvertretung. Unmöglich aber kann dem Publikum die Prüfung zugemutet werden, ob ein Gl.-A. bestellt, ob vorschriftsmässig die Gl.-V. berufen, ob ordnungsmässig der Beschluss des Ausschusses oder der Versammlung zustande gekommen, in welcher Lage der Konkurs sich befindet, welche Gründe zu einem Verkaufe drängen, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft zu der einen oder zu der andern oder zu keiner der beiden Kategorien zu rechnen ist u. s. w. Die §§ 121, 122 sind nur Kautelen für den innern Geschäftsgang." Hiernach könnte es scheinen, als ob die Gültigkeit des ohne Genehmigung vorgenommenen Geschäftes durch den guten Glauben des andern Vertragschliessenden bedingt und dieser verpflichtet sei, sich nach der Beobachtung der §§ 121, 122 zu erkundigen, die Kenntnis des Mangels aber den letztern verpflichte, vom Geschäfte abzustehen. Allein eine solche Unterscheidung hat § 124 nicht gemacht. Der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigung hat hiernach die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt nicht zur Folge, gleichviel ob der andere Teil diesen Mangel gekannt hat oder nicht.[3]) Im Entwurfe hatte der jetzige § 123 die Z. 125 und der jetzige § 124 die Z. 123.

[1]) R.-G. (VI.) 10. Mai 1886, Jur. Woch. S. 196, Bl. für R.-A. Bd. 51 S. 431.

[2]) Stieglitz S. 514 a. E.; Wengler S. 530; Willenbücher S. 173 Nr. 2c; v. Wilmowski S. 354 Nr. 2; R.-G. (III.) 20. Jan. 1882, (I.) 28. Jan. 1888, Jur. Woch. 1882 S. 91, Entsch. Bd. 20 S. 108 ff., bes. S. 110; O.-L.-G. Dresden 31. Jan. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. 3 S. 121 ff.

[3]) v. Sarwey S. 658; v. Völderndorff Bd. 2 S. 343, 344; Willenbücher S. 173 Nr. 2b.

Die Stellung der §§ und die Fassung des § 124 wurde geändert, um es ausser Zweifel zu stellen, dass auch die Unterlassung der Anhörung des Gemeinschuldners, welche lediglich zu dessen Schutze vorgeschrieben ist, nur die Verantwortlichkeit des K.-V. erhöht, aber ebensowenig wie der Widerspruch des Gemeinschuldners die Gültigkeit der von jenem vorgenommenen Rechtshandlungen beeinträchtigen kann (K. S. 170, 171).

II. Rechtsgeschäfte, bezüglich deren nur die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen ist. (§ 121.)

1) § 121 kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn ein Gl.-A. einstweilen durch das Gericht bestellt, als wenn ein solcher durch die Gl.-V. gewählt worden ist. Besteht ein Gl.-A. nicht, so bedarf der K.-V. in den unter den § gehörigen Fällen keinerlei Genehmigung, sondern hat nach eigenem Ermessen zu handeln. Die Genehmigung kann auch in allgemeiner Weise erteilt und in dringenden Fällen nachgeholt werden (Bem. I. 2). Solange die Handlung noch nicht vorgenommen worden ist, kann übrigens der Gl.-A. die Genehmigung zurückziehen.

2) § 121 Z. 1 sichert den Gläubigern den Einfluss darauf, dass der K.-V. nicht ohne dringende Veranlassung die Massegegenstände vorschnell verwertet und dadurch einer den Gläubigern günstigen Erledigung des Kv. durch Zwangsvergleich vorgreift (Vorbem. 3 zu §§ 107 ff.). Ob der Verkauf „ohne offenbaren Nachteil für die Masse" ausgesetzt werden kann, ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu entscheiden. Ohne weiteres gestattet ist der Verkauf solcher Sachen, welche dem Verderben oder einer Entwertung ausgesetzt sind, oder deren Aufbewahrung unverhältnismässige Kosten verursacht. Verkäufe, welche „durch die Fortführung des Geschäftes veranlasst" werden, sind nur solche, welche der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt; dem K.-V. ist sonach nicht ohne weiteres ein „Ausverkauf" gestattet.[1])

3) In den Fällen der Z. 2 tritt die Beschränkung des K.-V. nur dann ein, wenn es sich um einen Gegenstand von mehr als 300 Mark handelt. Soweit der Wert der zu veräussernden Gegenstände zweifelhaft ist, kann deren Abschätzung durch Sachverständige erfolgen. Die §§ 3 ff. C.-P.-O. sind hier nicht anwendbar, da es sich nicht um die Berechnung des Wertes eines Streitgegenstandes, sondern um eine Veräusserung handelt, bezüglich deren lediglich der Verkaufswert maassgebend ist. Bestehen Zweifel bezüglich des Wertes, so wird der K.-V. gut daran thun, die Genehmigung des Gl.-A. nachzusuchen. Dieser kann aber eine Beschlussfassung ablehnen, wenn er annimmt, dass der Wert der Gegenstände 300 Mark nicht übersteige. Wird dem K.-V. der Vorwurf gemacht, dass er die Genehmigung nicht eingeholt habe, und behauptet er, die Gegenstände seien nicht 300 Mark wert gewesen, so hat, wenn eine Ordnungsstrafe in Frage steht, das Konkursgericht, wenn Schadenersatz vom K.-V. verlangt wird, das Prozessgericht darüber zu entscheiden, ob mit Rücksicht auf den Wert der Gegenstände die Genehmigung erforderlich war. Bezüglich der einzelnen Rechtsgeschäfte ist noch folgendes zu bemerken:

a. Der K.-V. bedarf der Genehmigung nur dann, wenn er auf Grund des Gesetzes (§§ 15 ff.) die Erfüllung von Rechtsgeschäften verlangen will, die an sich nicht erfüllt zu werden brauchen und deren Erfüllung eine Masseschuld begründet (§ 52 Z. 2), nicht aber dann, wenn er die Absicht hat, den Vertrag als aufgelöst zu behandeln oder zu kündigen und deshalb von der Erfüllung absieht (Bem. 1 zu § 15)[2]).

b. Von Prozessen kommen hier vornehmlich diejenigen in Betracht, welche die Teilungsmasse (Aktivmasse) betreffen. Die Ablehnung der Aufnahme bedeutet entweder nach § 8 die Aufgabe der von dem Gemeinschuldner erlangten Prozessrechte für die Masse oder nach § 9 ein Anerkenntnis des Anspruches des klagenden Prozessgegners. In beiden

[1]) v. Sarwey S. 650 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 323 Anm. 17; Willenbücher S. 171 Nr. 2b.
[2]) Endemann S. 474; Fitting § 23 Anm. 23 und die Kommentare.

Fällen steht eine Schmälerung der Teilungsmasse in Frage. Folglich setzt die Ablehnung der Aufnahme eines Prozesses, welcher die Teilungsmasse betrifft, nach § 121 Abs. 2 immer die Genehmigung des Gl.-A. voraus.[1]) Prozesse in Ansehung der Masseschulden sind als Prozesse über die Teilungsmasse (§ 9) auch dann anzusehen, wenn die Masseschuld erst während des Verfahrens entstanden ist. Als Teilungsmasse erscheint nur diejenige Masse, welche nach der Bestreitung der Masseschulden und Massekosten übrig bleibt. Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn der K.-V. nicht einen Prozess anhängig machen, sondern die Einleitung unterlassen will, oder wenn er einen auf die Teilungsmasse bezüglichen Prozess (Bem. I. 2 zu §§ 8 ff.), in welchem der Gemeinschuldner Beklagter ist, einfach fortsetzt. Der K.-V. kann zwar auch in solchen Fällen nach der Ansicht des Gl.-A. fragen (§ 80) und sich darnach richten. Er ist aber hierzu nicht verpflichtet. Nur wenn mit der Unterlassung der Klage eine der Genehmigung bedürftige Handlung, z. B. die Anerkennung eines Aussonderungsanspruches, verbunden wird, bedarf der K.-V. auch hierzu der Genehmigung.

Die Ablehnung der Aufnahme eines die Schuldenmasse betreffenden Prozesses kommt hier nicht in Betracht, weil lediglich der K.-Gl., dessen Forderung bestritten wird, zu entscheiden hat, ob er den Prozess aufnehmen will oder nicht (Bem. III zu §§ 8 ff.). Bezüglich der Schuldenmasse kann der K.-V. nur ausnahmsweise nach § 134 Abs. 6 in die Lage kommen, einen Prozess anhängig zu machen, da die Feststellungsprozesse in Ansehung bestrittener Forderungen im allgemeinen von den anmeldenden Gläubigern einzuleiten bezw. aufzunehmen sind. Sofern dieser Fall vorliegt, wird der K.-V. aber (obgleich § 121 zu den Vorschriften über die Teilungsmasse gehört) doch der Genehmigung des Gl.-A. bedürfen. Es handelt sich immerhin um einen Prozess, den der K.-V. als solcher erhebt, und die Kosten dieses Prozesses sind aus der Masse zu bestreiten, können also die Teilungsmasse verringern. Der Verfasser der Mot. scheint allerdings anderer Meinung gewesen zu sein. Er hat wahrscheinlich nicht an die Ausnahmevorschrift des § 134 Abs. 6 gedacht.[2])

Ob der K.-V. auch zur Erhebung einer Widerklage der Genehmigung bedarf, erscheint nach dem Wortlaute des Gesetzes als zweifelhaft, da durch die Widerklage formell ein neuer „Prozess" nicht eingeleitet, sondern innerhalb desselben Rechtsstreites eine neue Klage erhoben wird. Da der Sache nach durch die Widerklage ebenso wie im Falle der Klagenhäufung eine Mehrheit von Prozessen entsteht, welche nur verbunden und in einem und demselben Verfahren erledigt werden, auch der Grund des Gesetzes zutrifft, ist es aber richtiger, die Genehmigung auch hier zu verlangen. Hierfür spricht noch der Umstand, dass die Widerklage in andern Richtungen gleichfalls als selbständige Klage behandelt wird (vgl. §§ 5 und 467 C.-P.-O., § 94 Z. 2 G.-K.-G.) und dass der Widerkläger, wenn er unterliegt, die durch die Widerklage erwachsenen Kosten zu tragen hat.[3])

c. Zum Abschluss von Vergleichen und Schiedsverträgen bedarf der K.-V. in allen Fällen der Genehmigung, gleichviel ob bereits ein Prozess anhängig ist oder nicht und ob im erstern Falle die Klage vor oder nach der K.-E. erhoben wurde. Soweit es sich um die Schuldenmasse handelt, kann der K.-V. insofern in die Lage kommen, einen Vergleich zu schliessen, als er seinen in der Gl.-V. erhobenen Widerspruch zurücknimmt. Sollte er einen Vergleich über einen derartigen Prozess schliessen, so bedarf er aber der Genehmigung. Schiedsverträge bezüglich der Geltendmachung von Konkursforderungen sind durch § 134 Abs. 2 ausgeschlossen, der genau vorschreibt, in welcher Weise eine Entscheidung bezüglich der streitig gebliebenen Forderungen herbeizuführen ist. Auf die Beobachtung dieser Vorschrift haben alle K.-Gl. ein Recht; ein Schiedsvertrag könnte sonach nicht

[1]) A. M. nur v. Sarwey S. 651 Nr. 6.

[2]) v. Wilmowski S. 350 Nr. 5. A. M.: Meisner S. 296 lit. c; v. Sarwey S. 650 Nr. 5; Stieglitz S. 509; v. Völderndorff Bd. 2 S. 324; Wengler S. 526 Nr. 3; Willenbücher S. 171 Nr. 3c.

[3]) v. Sarwey S. 650 Nr. 5; Stieglitz S. 509; v. Völderndorff Bd. 2 S. 325 Anm. 25; Willenbücher S. 171 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 350 Nr. 5. A. M.: Endemann S. 475; Fitting § 23 Anm. 24.

einmal mit Genehmigung des Gl.-A. abgeschlossen werden. Vergleiche und Schiedsverträge über Masseschulden betreffen die Teilungsmasse ebenso wie die darauf bezüglichen Prozesse (Bem. 3 b S. 408).

d. Zur Einlösung eines Pfandstücks (Bem. II. 3 zu § 3) wurde die Genehmigung verlangt, weil es sich hierbei einerseits um Anerkennung eines Absonderungsanspruchs, andererseits um Übernahme einer Verpflichtung für die Masse handelt, für welche unter Umständen der Erlös aus dem Pfandstücke einen genügenden Ersatz nicht liefert. Den Pfandstücken stehen diejenigen Gegenstände gleich, an welchen gemäss § 41 ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird. Diese Rechte werden auch sonst wie Pfandrechte behandelt (§ 117). Ferner würde ein argumentum e contrario dem Geiste des Gesetzes nicht entsprechen[1]). Die Einlösung erfolgt durch Tilgung der Forderung, mit welcher ein Absonderungsrecht verbunden ist. Unter die Veräusserung ausstehender Forderungen fällt nicht eine nach der Art des Geschäftsverkehrs übliche Verwertung durch Weiterbegebung; vielmehr ist eine von der gewöhnlichen Verwertung und Einziehung abweichende Art der Verwertung gemeint. Das Erfordernis der Genehmigung bezieht sich sowohl auf den Verkauf aus freier Hand als auf den Fall des Ausgebots an den Meistbietenden. Auch die Überweisung von Forderungen an einzelne Gläubiger gehört hierher.

III. Rechtsgeschäfte, hinsichtlich deren die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erforderlich ist. (§ 122.)

1) Besteht eine Forderung in fortlaufenden Bezügen, so ist zunächst zu prüfen, ob auch die nach der K.-E. fällig werdenden Beträge zu dem von dem Gemeinschuldner bereits erworbenen Vermögen und daher nach § 1 zur Masse gehören. Insoweit dies der Fall und das Bezugsrecht nicht unlösbar an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist (Bem. III. zu § 1), darf eine Verwertung des Bezugsrechtes durch Veräusserung nachfolgen. Da diese aber hier noch tiefer als bei anderen Forderungen in die Verhältnisse eingreift und nicht wohl durch dringende Eile geboten ist, rechnet sie die K.-O. zur zweiten Art von Rechtsgeschäften (Bem. I. 1 S. 405). Mit ihr stellt § 122 Z. 1 diejenigen Fälle zusammen, in welchen ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand oder das Geschäft des Gemeinschuldners im ganzen (nicht durch Ausverkauf oder Verwertung im einzelnen) veräussert werden soll. Soweit es sich um Veräusserung eines Bezugsrechtes oder eines Geschäftes im ganzen handelt, muss die Genehmigung zur Veräusserung unter allen Umständen eingeholt werden, auch wenn diese in der Form der Versteigerung stattfindet. Dagegen ist zur Veräusserung von unbeweglichen Sachen die Genehmigung nur dann erforderlich, wenn das Grundstück mit Umgehung der öffentlichen Versteigerung aus freier Hand veräussert werden soll. In den Mot. wurde als Gegensatz von Veräusserung aus freier Hand die „Zwangsversteigerung" bezeichnet. Aber damit soll wohl nur gesagt werden, dass die Veräusserung regelmässig in der Form der Versteigerung und zwar in derjenigen Form erfolgen soll, welche im Vollstreckungsverfahren als Regel vorgeschrieben ist. Jedenfalls verträgt sich eine andere Auffassung nicht mit dem Gesetze (vgl. auch § 158 Z. 1 und § 221 pr. K.-O.). Die Veräusserung „aus freier Hand" bildet nach dem allgemeinen Sprachgebrauche (Bem. II. 3 d.) nicht den Gegensatz zum Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern zur öffentlichen Versteigerung, bei welcher die Sache dem Meistbietenden zugeschlagen wird. Auch hätte es, wenn Absonderungsansprüche nicht bestehen, keinen Sinn, den K.-V. zur Betreibung einer Zwangsversteigerung vor dem Vollstreckungsgerichte zu nötigen.[2]) Auch nach dem Sprachgebrauche

[1]) v. Sarwey S. 651 Nr. 9; Stieglitz S. 509 Anm. c.

[2]) Endemann § 72 Anm. 45; Fitting § 23 Anm. 30. A. M.: v. Sarwey S. 653, 654 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 330; Willenbücher S. 172 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 351 Nr. 2, welche bloss die Zwangsversteigerung als Gegensatz gelten lassen. Cramer stellt in der Z. f. d. Not. Bd. 34 S. 209 ff. dem freihändigen Verkauf jede an bestimmte Formen gebundene öffentliche Versteigerung gegenüber, auch wenn sie nicht Zwangsversteigerung ist.

der pr. K.-O. bildete den Gegensatz zum Verkauf aus freier Hand nicht der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung. Da der Weg der notariellen Versteigerung vielfach (vgl. z. B. § 16 pr. Ausf.-Ges. z. K.-O., § 32 els.-lothr. Ausf.-Ges. z. C.-P.-O., K.-O. u. Str.-P.-O.) durch die Gesetze besonders geregelt ist und dieselbe Sicherheit bietet wie der Weg der Zwangsvollstreckung, hätte hier jeder Grund gefehlt, für den Fall, dass der K.-V. diesen auch bei der Veräusserung von Mündelgütern u. s. w. vorgesehenen Weg betrete, noch die Genehmigung des Gl.-A. oder der Gl.-V. vorzuschreiben.[1]) Eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Rechtsgebieten aber darf nicht gemacht werden, da der Sprachgebrauch der K.-O. ein einheitlicher ist. Unter der Veräusserung kann hier nur die Übertragung des Eigentums verstanden werden, da sonst der Gegensatz zwischen Veräusserung „aus freier Hand" und „Versteigerung" keinen Sinn hat und die Verpfändung in Z. 2 besonders geregelt wird.[2]) Will der K.-V. die bewegliche Zubehör einer unbeweglichen Sache oder deren ungetrennte Früchte besonders veräussern, so bedarf er der in § 122 Z. 1 vorgeschriebenen Genehmigung nicht. Diese Sachen verlieren durch die Trennung, zu deren Vornahme der Käufer ermächtigt wird, ihre Eigenschaft als unbewegliche Sachen und werden als bewegliche verkauft.

Bei einer Veräusserung des ganzen Geschäftes kann das Warenlager mit der sonstigen Geschäftseinrichtung oder ohne diese, oder das ganze Geschäft mit den vorhandenen Forderungen und Verbindlichkeiten veräussert werden. In allen diesen Fällen ist die Genehmigung der Gl.-V. erforderlich. Die Aussonderung einzelner Gegenstände, z. B. der Geschäftseinrichtung, kann die Bedeutung der Rechtshandlung nicht ändern. Soll mit der Veräusserung des Geschäftes im ganzen diejenige der Firma verbunden werden, so bedarf es ausserdem der Zustimmung des Gemeinschuldners (Bem. I. 2 zu § 1)[3]). Der Ausverkauf ist nicht als ein Verkauf des Geschäftes im ganzen, sondern als allmähliche Veräusserung der einzelnen Waren anzusehen.[4])

2) Über § 122 Z. 2 ist folgendes zu bemerken:

a. Zu einer Aufgabe von Erbschaften oder Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 in die Masse fallen, wird die Genehmigung der Gläubiger verlangt, weil dadurch der Bestand der Teilungsmasse geschmälert werden kann. Für die Antretung oder den Erwerb der Erbschaft die Genehmigung zu fordern, war nicht geboten, weil es dem K.-V. unter allen Umständen obliegt, die Rechtswohlthat des Inventars zu wahren. Bezüglich der Frage, wann eine Erbschaft in die Masse fällt, vgl. Bem. III. 3 zu § 1. In der Reichstagskommission (K. S. 170) bemerkte Hagens: „Die K.-O. setze voraus, dass der Gemeinschuldner vor der K.-E. ein Recht auf die Erbschaft schon erworben habe, überlasse aber die Frage, ob und inwieweit schon die Delation ein solches Recht begründe, dem bürgerlichen Rechte. Übrigens habe auch für das gemeine Recht das O.-A.-G. in Celle entschieden, dass die Delation ein Recht gebe auf den Erwerb, auch wenn dieser selbst noch nicht vorgenommen sei."

b. In § 122 Z. 2 werden einige Fälle der Eingehung neuer Verbindlichkeiten hervorgehoben (Bem. III. 3 zu § 5). Zur Eingehung derartiger Verpflichtungen, zu welcher auch die Übernahme fremder Verbindlichkeiten zu rechnen ist, wird, ohne dass es auf die Höhe des Schuldbetrages ankommt, stets die Genehmigung des Gl.-A. oder der Gl.-V. erfordert.

Eine Erstehung von Grundstücken kann vornehmlich zur Rettung der für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken notwendig werden. In Preussen sind nach den

[1]) V. auch Mot. z. pr. Ges. v. 12. April 1888 über das Grundbuchwesen und die Zwangsvollstreckung (§ 37 des E., § 39 des Ges.); Menzer, Ges. über Grundbuchwesen S. 44; Mügel, rhein. Grundbuchr. § 39 Anm. 1; Cramer a. a. O.

[2]) Fitting § 23 Anm. 30; v. Wilmowski S. 352 Nr. 2a. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 330.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 331; v. Wilmowski S. 352 Nr. 2b.

[4]) Endemann S. 477; v. Völderndorff a. a. O.; Wengler S. 528; Willenbücher S. 172 Nr. 1b.

Mot. in einzelnen Fällen empfindliche Verluste dadurch entstanden, dass der oberste Gerichtshof bezüglich derselben dem K.-V. die Befugnis aberkannte, als Bieter aufzutreten (pr. Obertrib. 19. Juni 1865 in Striethorst, Bd. 57 S. 362). Besteht das Geschäft des Gemeinschuldners in der Vermittelung von Realkredit oder setzt sich dessen Vermögen wesentlich aus Hypotheken zusammen, so könnte dieser Grundsatz zu einer vollständigen Preisgebung der Masse führen. Als Erstehung im Sinne des Gesetzes ist nicht bloss der Erwerb bei einer Versteigerung, sondern jeder Ankauf anzusehen, da der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft und diese Auslegung sich mit dessen Wortlaute vereinbaren lässt. Bei der entgegengesetzten Auffassung würde es an jedem verständigen Grunde für die dann zu machende Unterscheidung fehlen.[1])

IV. Anhörung des Gemeinschuldners. (§ 123.)

In den erörterten Fällen muss dem Gemeinschuldner, welchem die Handlungen des K.-V. grossen Nachteil bringen können, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit und Ungewöhnlichkeit der Rechtsgeschäfte Gelegenheit gegeben werden, bezüglich deren Vornahme seine Ansicht zu äussern und zur Kenntnis des K.-V. und des Gl.-A. zu bringen. Es ist ihm hiernach Zeit zu lassen, vor der Gl.-V. sich zu äussern oder die Entscheidung des Gerichtes anzurufen. Die Worte „sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist" können nur den Sinn haben, dass seine Äusserung ohne Aufschub erholt werden kann. Durch Unterlassung der Mitteilung setzt sich der K.-V. einem Schadenersatzanspruche des Gemeinschuldners aus, wenn dessen Äusserung ohne erheblichen Aufschub zu erlangen gewesen wäre. Gelangt der Gl.-A. oder die Gl.-V. zur Ansicht, dass die Voraussetzungen zur Mitteilung gegeben waren und noch gegeben sind, so kann die Beschlussfassung vertagt werden. Eine Verpflichtung dazu besteht aber nicht. Deshalb können die Mitglieder des Gl.-A. und in der Gl.-V. anwesenden Gläubiger auch nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass sie nicht auf der Mitteilung an den Gemeinschuldner bestanden.

Dieser letztere kann, sofern seine Bedenken vom K.-V. oder Gl.-A. nicht berücksichtigt worden sind, den Antrag stellen, dass das Gericht die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersage und zur Beschlussfassung darüber eine Gl.-V. berufe. Über diesen Antrag muss dass Gericht entscheiden; deshalb kann der Gemeinschuldner, wenn sein Antrag zurückgewiesen wird, Beschwerde einlegen (Bem. III. 2 zu § 66).[2]) Dem K.-V. steht dagegen das Recht der Beschwerde zu, wenn das Gericht dem Antrage des Gemeinschuldners stattgiebt. Die Anwendung des § 123 Abs. 2, welcher sich nur auf Fälle der §§ 121, 122 bezieht, setzt voraus, dass die in Frage stehende Rechtshandlung noch nicht vorgenommen ist und dass deren Vornahme von der freien Entschliessung der Gl.-V. abhängt; die Vornahme liegt schon im Vertragsabschlusse.[3])

Die dem Gerichte nach § 91 zustehende Befugnis wird durch § 123 nicht berührt. Hat der K.-V. die in Frage stehende Handlung schon vorgenommen, ehe ihm der Untersagungsbeschluss zugestellt wird, so ist dieser Beschluss wirkungslos. Aber auch wenn er ungeachtet des Beschlusses die Rechtshandlung vornehmen sollte, würde zwar die Anwendung des § 76 gerechtfertigt, die vorgenommene Rechtshandlung aber nach § 124 gültig sein. Durch nachträgliche Genehmigung der Gl.-V., deren Entscheidung deshalb ungeachtet der Vornahme der Rechtshandlung nicht gegenstandslos ist, wird die Verantwortlichkeit des K.-V. beseitigt.

[1]) Endemann S. 479; Fitting § 23 Anm. 34; v. Völderndorff Bd. 2 S. 337 Anm. 73, 74; Willenbücher S. 172 Nr. 3b; v. Wilmowski S. 353 Nr. 4.

[2]) Stieglitz S. 513 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 341 Anm. 12; Willenbücher S. 173 Nr. 2; v. Wilmowski S. 353. A. M.: Endemann S. 480; Fitting § 23 Anm. 39.

[3]) O.-L.-G. Dresden 14. Mai 1888, sächs. Ann. Bd. 10 S. 333 ff.

§ 125.

Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist und die Gläubigerversammlung nicht ein anderes beschliesst, bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Wertpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.

(E. § 124; M. S. 353; K. S. 88).

1) Im allgemeinen stellen die Quittungen des K.-V. den Zahlenden vollkommen sicher. In den hier vorgesehenen Fällen bedarf es aber, wenn ein Gl.-A. bestellt ist, zur Gültigkeit der Quittung der Mitunterzeichnung durch ein Mitglied desselben. Unterbleibt die Bestellung eines Gl.-A., so wird damit zugleich auf die in Frage stehende Sicherheitsmaassregel verzichtet. Aber auch wenn ein Ausschuss bestellt worden ist, kann die Gl.-V. den K.-V. von der Verpflichtung, die Quittungen mitunterzeichnen zu lassen, entbinden. Die Hinterlegungsstelle und derjenige, welcher eine Anweisung auf sie annimmt, müssen sich daher entweder der Unterschrift des Gl.-A. oder des Nachweises versichern, dass ein Ausschuss nicht bestellt worden ist oder die Gl.-V. beschlossen hat, dass die Mitunterzeichnung nicht erforderlich sei. In der Reichstagskommission wurde die Streichung des § beantragt, weil er die Rechte gutgläubiger Dritter, welche Zahlung geleistet hätten, verletze und dem Grundsatze des § 124 widerspreche. Sie wurde aber abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Der § beziehe sich nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum, sondern nur auf den des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle. Da die gerichtliche Hinterlegung des Verwalters nicht obligatorisch sei, bedürfe es einer solchen Garantie, der Möglichkeit der Kontrolle des Verwalters.“ Die Vorschrift kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Hinterlegung nicht bei Gericht oder bei einer öffentlichen Kasse, sondern bei einer Bank oder bei einem Privatmann stattgefunden hat (Bem. III. 1 zu §§ 118 ff.).

2) Da bei der Hinterlegungsstelle Gewissheit darüber bestehen muss, ob auf einfache Quittung des K.-V. gezahlt werden kann oder die Mitunterschrift eines Mitgliedes des Gl.-A. erforderlich ist, wird ihr von der Einsetzung eines Ausschusses unter Angabe der Namen der Mitglieder Mitteilung zu machen und davon Nachricht zu geben sein, wenn die Gl.-V. eine Mitunterschrift für überflüssig erklärt hat. Hat die Hinterlegungsstelle, welche nicht in jedem einzelnen Falle über die rechtliche Lage Erkundigung einziehen kann, sich mit dem Antrage an das Gericht gewendet, ihr von jedem für den Vollzug des § 125 erheblichen Ereignis Mitteilung zu machen, und ist eine solche Mitteilung unterblieben, so kann sie für einen Verstoss nicht verantwortlich gemacht werden.[1])

3) Welches Mitglied die Quittungen des K.-V. zu unterzeichnen hat, ist vom Gl.-A. zu bestimmen. Wenn aber ein anderes als das bezeichnete Mitglied die Unterzeichnung vorgenommen hat, ist die Quittung gültig und kann nur im Falle eines Schadens das ohne Auftrag unterzeichnende Mitglied dafür verantwortlich gemacht werden. Unter den im Gesetze erwähnten „Anweisungen“ sind nach allgemeinem Sprachgebrauche bloss kaufmännische Anweisungen, nicht auch Wechsel zu verstehen. Auch die Mot. (S. 353) haben nur kaufmännische Anweisungen im Auge. Wenn der K.-V. auf die Hinterlegungs-

[1]) v. Sarwey S. 660 Nr. 1; Willenbücher S. 174 Nr. 2; v. Wilmowski S. 355. v. Völderndorff Bd. 2 S. 348 nimmt an, dass das Gericht zur Mitteilung von Amts wegen verpflichtet sei und deren Unterlassung die Hinterlegungsstelle auch dann befreie, wenn sie keine Erkundigungen eingezogen habe.

stelle einen Wechsel zieht, kommt also § 125 nicht zur Anwendung.[1]) Ob die Gelder, Wertpapiere u. s. w. vor oder nach der Bestellung des Gl.-A. hinterlegt worden sind, ist gleichgültig, da das Gesetz in dieser Beziehung keinen Unterschied macht.[2])

Vierter Titel.

Schuldenmasse.

(§§ 126—136.)

Vorbemerkungen.

1) Der 4. Titel handelt von Feststellung der Schuldenmasse. Da das Kv. nicht als ein Prozess, sondern als ein unter gerichtlicher Mitwirkung sich vollziehendes Liquidationsverfahren anzusehen ist (Bem. I. zu § 5 und Bem. 1 zu § 65), so konnte für die Feststellung der Schuldenmasse die Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen „Präklusions- und Klassifikationsverfahren" nicht in Frage kommen. Ein Recht der anmeldenden Gläubiger auf unbedingte Ausschliessung der säumigen wurde gleichfalls nicht anerkannt; die erstern können nur beanspruchen, dass dasjenige, was im Kv. bereits endgültig festgestellt, beschlossen oder ausgeführt ist, nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt werde, und dass die Kosten verspäteter Anmeldungen nicht der Masse zur Last fallen. Im grossen und ganzen wurden die von der pr. K.-O. in Anlehnung an das franz. Recht im einzelnen aufgestellten Grundsätze über Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Konkursforderungen beibehalten. Nur sollte dem Verfahren noch grössere Beschleunigung und Einfachheit gegeben und es so gestaltet werden, dass dadurch sowohl für alle spätern Verhandlungen im Kv. als auch unter Umständen über dieses hinaus für die Verfolgung der Ausfälle gegen den gewesenen Gemeinschuldner eine feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde (M. S. 357).

2) In §§ 126—128 wird von der Anmeldung der Forderungen, in §§ 129—133 vom Prüfungstermine und der dessen Ergebnisse zusammenfassenden Tabelle gehandelt, während die §§ 134—136 sich mit der gerichtlichen Feststellung der streitig gebliebenen Forderungen (den Spezialprozessen) beschäftigen. Auf die Geltendmachung des Absonderungsrechtes beziehen sich die Vorschriften des 4. Titels, insbesondere die §§ 134—136 nicht, da die Feststellung der Schuldenmasse nur für die gemeinschaftliche Befriedigung der K.-Gl. Bedeutung hat, der Absonderungsberechtigte aber seine Befriedigung ausserhalb des Kv. sucht.[3]) Nur soweit ein Absonderungsberechtigter gemäss § 57 seine Forderung für denjenigen Betrag, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder für den Betrag des Ausfalles als K.-Gl. geltend macht, sind die §§ 126—136 auch für ihn maassgebend. Insoweit steht aber auch nicht die Geltendmachung eines Absonderungsrechtes in Frage.

§ 126.

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen beträgt drei Wochen bis drei Monate. Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.

[1]) Fitting § 23 Anm. 49; v. Sarwey S. 660 Nr. 1 Bem. 5; v. Wilmowski S. 355. A. M.: Endemann S. 432; v. Völderndorff Bd. 2 S. 347 lit. e; Willenbücher S. 174 Nr. 3.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 348. A. M.: v. Sarwey S. 659 Nr. 1 Bem. 2.

[3]) Meves S. 144; v. Völderndorff Bd. 2 S. 352; v. Wilmowski S. 350; O.-L.-G. Jena 22. Febr. 1886, Thür. Bl. Bd. 33 S. 337, 338.

§ 127.

Die Anmeldung hat die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung sowie des beanspruchten Vorrechtes zu enthalten. Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen.

§ 128.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der Anmeldung derselben in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechtes in eine Tabelle einzutragen, welche innerhalb des ersten Dritteils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraumes auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzuteilen ist.

(E. §§ 126—128; M. S. 358—361; K. S. 90, 91, 171, 172; pr. K.-O. §§ 164—170.)

Absonderungsrecht S. 419.
Änderung d. Anmeldung S. 417.
Anmeldefrist S. 414 ff.
Anmeldung S. 416.
Beschwerde S. 415.
Beteiligte S. 415.
Kosten S. 417, 421.
Mängel d. Anmeldung S. 417.
Offenlegung S. 420, 421.
Rechtshängigkeit S. 419.
Tabelle S. 420.
Telegramm S. 416.
Unterschrift S. 417.
Verjährung S. 416, 419.
Vollmacht S. 418.
Wirkung der Anmeldung S. 419.
Zurücknahme d. Anmeldung S. 419.
Zustellungsbevollmächtigte S. 418, 419.

I. Anmeldefrist. (§ 126).

1) Die K.-O. kennt keine Anmeldetermine, sondern nur eine Anmeldefrist und einen allgemeinen Prüfungstermin, welche sofort bei K.-E. zu bestimmen sind (§ 102). Bei Bemessung der Fristen war die Absicht entscheidend, eine Verbindung des Prüfungstermines mit dem Wahltermine (§ 102) zu erleichtern (K. S. 171, 172). Von einer längern Anmeldefrist oder der Anberaumung einer zweiten, häufig zu Verzögerungen der Anmeldung dienenden Frist dieser Art, wurde abgesehen, weil die festgesetzte Frist für die weitaus überwiegende Mehrzahl aller Gläubiger genüge, für die in Ostasien, Australien u. s. w. wohnenden aber ohne schwere Benachteiligung der Gesamtheit nicht gesorgt werden könne; diese letzteren sollen im voraus für eine Vertretung in Deutschland sorgen. Eine Benachteiligung solcher Gläubiger kann übrigens wegen der Fristen für den Abschluss eines Zw.-V. und für die Vornahme einer Verteilung, welche thatsächlich eine Verlängerung der Anmeldefrist enthalten, nicht leicht erfolgen. Die Anmeldefrist ist gemäss §§ 102, 103 öffentlich bekannt zu machen. Die Frist beginnt ihren Lauf an dem Tage, an welchem die Bekanntmachung als bewirkt gilt. Bezüglich der Berechnung des Anfangspunktes kommt also § 68 Abs. 1

zur Anwendung,[1]) während der Endpunkt, wenn der Richter die Frist in Monaten oder Wochen angegeben hat, nach § 200 C.-P.-O. zu berechnen ist. Um Zweifel auszuschliessen, wird es sich empfehlen, dass der Richter einen bestimmten Kalendertag, welcher innerhalb des Zeitraums von 3 Wochen bis zu 3 Monaten liegt, als Endpunkt der Frist bezeichnet. Sollte der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine dem Gesetze nicht entsprechen, so würde diese Ordnungswidrigkeit die Gültigkeit des Verfahrens nicht beeinträchtigen („soll").[2]) Ist aber die Annahme begründet, dass bei ordnungsmässiger Anberaumung der Frist die Anmeldung vor dem Prüfungstermine eingegangen wäre und über die Forderung in diesem hätte verhandelt werden können, so dürfen trotz § 130 Abs. 1 dem Gläubiger die Kosten des besondern Prüfungstermines nicht auferlegt werden.[3]) Den Beteiligten steht, wenn die in § 126 bestimmten Grenzen nicht eingehalten werden, das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Diese kann den Beteiligten, auch soweit es sich um die im Satz 2 des § vorgesehene Frist handelt, nicht aus dem Grunde versagt werden, weil eine Rechtsverletzung nicht vorliege. Der Richter hat immerhin einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt und die Beteiligten können verlangen, dass dieser Folge gegeben werde. Der Umstand, dass die Zuwiderhandlung nicht die Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hat, sondern es sich um eine blosse Ordnungsvorschrift handelt, schliesst das Beschwerderecht nicht aus, denn auch die Beseitigung von Ordnungswidrigkeiten kann auf dem Wege der Beschwerde erstrebt werden. Nur dann würde die Beschwerde ausgeschlossen sein, wenn die Festsetzung der Frist in das Ermessen des Gerichtes gestellt wäre und eine Entscheidung von diesem gar nicht beansprucht werden dürfte.[4]) Beteiligte sind unter allen Umständen die K.-Gl. Dem Gemeinschuldner steht das Recht der Beschwerde dann zu, wenn die Frist von 3 Monaten überschritten worden ist oder dem Satz 2 des § zuwidergehandelt wurde. Im ersten Falle ist in der Hinausschiebung des Termines eine Verschleppung des Verfahrens enthalten, welche den Gemeinschuldner benachteiligt. Im zweiten Falle liegt bei Überschreitung der zwei Monate gleichfalls eine Verschleppung des Verfahrens vor, während durch die Abkürzung der Frist von einer Woche der zur Vorbereitung auf den Prüfungstermin bestimmte Zeitraum verkürzt wird. Auch dem K.-V. steht in den zuletzt erwähnten Fällen die Beschwerde zu, weil er ebenso wie der Gemeinschuldner ein Interesse daran hat, dass das Verfahren nicht verschleppt und ihm die zur Vorbereitung auf den Termin erforderliche Zeit nicht geschmälert werde.

2) Die Anmeldefrist hat nicht die Bedeutung, dass nach deren Ablauf weitere Forderungen nicht mehr angemeldet werden dürfen. Auch schreibt das Gesetz nicht vor, dass über die nachträglich angemeldeten Forderungen im allgemeinen Prüfungstermine nicht verhandelt werden darf. In beiden Richtungen ergiebt sich das Gegenteil aus § 130. Die Bedeutung der Frist besteht vielmehr darin, dass die rechtzeitig angemeldeten Forderungen im allgemeinen Prüfungstermine geprüft werden müssen (§ 129 Abs. 1). Die Anmeldung kann übrigens auch vor dem Beginne der Frist z. B. am Tage der Bekanntmachung in rechtswirksamer Weise erfolgen; denn diese Frist soll den Gläubigern nicht verwehren, ihre Forderung sofort anzumelden, sondern nur bestimmen, wann die Anmeldung

[1]) Endemann S. 516; Fitting § 38 Anm. 2; v. Sarwey S. 663 Nr. 2; Stieglitz S. 517; Wengler S. 534 Nr. 4; Willenbücher S. 175 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 357 Nr. 3. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 353, der die Anwendung des § 68 ausschliesst und das Datum der nach § 102 erfolgenden Festsetzung für maassgebend hält.

[2]) R.-G. (III.) 23. Sept. 1881, Entsch. Bd. 5 S. 364 ff., bes. S. 366; Ldg. Chemnitz 11. März 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 7 S. 417; Fitting § 38 Anm. 3 und die Kommentare.

[3]) Ldg. Chemnitz a. a. O.

[4]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 352, 356. A. M.: Endemann S. 517, der jede Anfechtung ausschliesst, sowie Willenbücher S. 174 Nr. 1a und v. Wilmowski S. 357 Nr. 3, welche die Beschwerde dann ausschliessen, wenn nur dem Satz 2 des § zuwidergehandelt ist.

zu erfolgen hat, damit sie nicht als verspätet anzusehen ist und einen Anspruch auf Prüfung der Forderung im ersten Termine begründet. Die Sache liegt ähnlich wie in Ansehung der Fristen für die Einlegung des Einspruchs und der sofortigen Beschwerde (§§ 304, 540 C.-P.-O.). Eine vor der K.-E. erfolgende Anmeldung ist dagegen unwirksam, denn die Anmeldung einer Forderung enthält deren Geltendmachung im Kv. und dieses besteht vor der K.-E. nicht. Wenn ein Gläubiger, welcher die K.-E. beantragt, im Antrage zugleich seine Forderung bezeichnet, kann diese Bezeichnung sonach nicht als wirksame Anmeldung derselben gelten. Die Anmeldefrist ist keine Notfrist (§ 201 Abs. 3 C.-P.-O.); gegen deren Versäumung findet daher Wiedereinsetzung nicht statt.

II. Form, Inhalt, Wirkung und Zurücknahme der Anmeldung. (§ 127.)

1) Die Anmeldung ist an eine bestimmte Form nicht gebunden. Sie kann nach den für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften (§ 457 C.-P.-O.) schriftlich (ohne Anwaltszwang) oder durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtschreibers geschehen. Als bewirkt gilt sie erst mit dem Augenblicke ihrer Niederlegung oder Feststellung bei Gericht. Die Einreichung an den K.-V. genügt nicht. Auch eine telegraphische Anmeldung ist zulässig, da das Telegramm als Urkunde gilt, welche der Aufgeber selbst unter Benutzung des Telegraphen als seines Werkzeuges geschrieben und unterschrieben hat.[1]) Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass die Urschrift des Telegramms die Unterschrift des anmeldenden Gläubigers enthält oder doch erkennen lässt, dass sie von diesem ausgeht und von ihm oder in seinem Auftrage von einem Dritten aufgegeben worden ist.[2]) Die Frage, ob auch die Mitteilung von Abschriften urkundlicher Belege auf telegraphischem Wege erfolgen kann, hat keine praktische Bedeutung, weil deren Unterlassung die Wirksamkeit der Anmeldung nicht beeinträchtigt (Bem. II. 2). Da die Vorschriften des G.-V.-G. über die Gerichtssprache auch auf das Kv. unmittelbare Anwendung finden (Bem. 4 zu § 65), muss die Anmeldung in deutscher Sprache erfolgen (§ 186 G.-V.-G.). Auch ist es nicht in das Belieben des Richters gestellt, ob er eine schriftliche Anmeldung in fremder Sprache berücksichtigen will. Er muss verlangen, dass die Anmeldung in deutscher Sprache erfolge; jedenfalls braucht eine schriftliche Anmeldung in fremder Sprache nicht berücksichtigt zu werden.[3]) Erfolgt die Anmeldung mündlich zum Protokoll des Gerichtschreibers, so kommt § 187 G.-V.-G. zur Anwendung.

2) Wesentlich für den Inhalt der Anmeldung sind nach § 127 nur die Angabe des Betrages und Schuldgrundes der Forderung, sowie diejenige des beanspruchten Vorrechtes. Der „Grund der Forderung" ist nichts anderes wie der „Grund des erhobenen Anspruchs" in § 230 Abs. 2 Z. 2 und § 630 Z. 3 der C.-P.-O., nämlich das Rechtsverhältnis, aus welchem die Forderung entsprungen ist.[4]) Im übrigen findet § 121 C.-P.-O., besonders Z. 1, 3 u. 5 entsprechende Anwendung. Wenn auch der Prüfungstermin selbst nicht als Termin zur mündlichen Prozessverhandlung anzusehen ist, so hat doch die Anmeldung die Natur eines vorbereitenden Schriftsatzes. Die Angabe des Schuldgrundes ist notwendig zur Feststellung der Identität der Forderung und wegen der Unzulässigkeit einer Veränderung des Rechtsgrundes bei

[1]) Fitting § 38 Anm. 5; Stieglitz S. 518 Anm. a; v. Völderndorff Bd. 2 S. 360; Wengler S. 534 Nr. 1; Willenbücher S. 175; v. Wilmowski S. 361 Nr. 5. So auch das R.-G. in Ansehung der Urkundenfälschung, der Revisionseinlegung in Strafs. und der Stellung des Strafantrages: Verein. Strafs. 6. März 1883, Entsch. Bd. 8 S. 92, III. Strafs. 2. Juli 1883 u. 25. Febr. 1884, Entsch. Bd. 9 S. 38, Bd. 10 S. 166; I. Strafs. 16. Okt. 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 624. A. M.: Meisner S. 299 Anm. 1 und ferner Entsch. in Strafs. Bd. 1 S. 262, Bd. 4 S. 59, Rechtspr. Bd. 1 S. 266, 353, Bd. 3 S. 201.

[2]) R.-G. (IV. Strafs.) 21. Febr. 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 176.

[3]) v. Wilmowski S. 361 Nr. 5. A. M.: Fitting § 38 Anm. 5; v. Völderndorff Bd. 2 S. 360; Willenbücher S. 175 Nr. 1.

[4]) Petersen, Kommentar zur C.-P.-O. § 230 Bem. III 2 S. 379 ff.

der prozessualischen Verfolgung eines bestrittenen Anspruches (§ 134 Abs. 4). Sie ist ferner für die Frage der Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung. Bei Angabe des Betrages sind die Vorschriften des ersten Buches zu beachten, nach welchen jede Konkursforderung nur in einer bestimmten Geldsumme und zwar nach der Reichswährung geltend gemacht werden kann (§ 62). Es empfiehlt sich, dass die mit dem Kapital gleichberechtigten Nebenforderungen an Zinsen und Kosten (§ 55) sofort von dem Anmeldenden berechnet und dem Kapital zugesetzt werden. Auch ein Vorrecht ist von dem Gläubiger ausdrücklich und unter näherer Bezeichnung seiner Art anzumelden; die Art und der Rang des Vorrechtes wird sich meistens aus der Angabe des Schuldgrundes erkennen lassen, so dass es genügt, wenn „das für die angemeldete Forderung bestehende Vorrecht“ beansprucht wird. Dagegen ist es ungenügend, wenn „ein Vorrecht“ schlechtweg verlangt wird.[1]) Von Amts wegen wird ein solches nicht berücksichtigt (Bem. I. 1 zu § 54, Bem. II. 1 zu §§ 129 ff.). Wird ein Vorrecht nach der Forderung aber innerhalb der Anmeldungsfrist angemeldet, so muss es natürlich im allgemeinen Prüfungstermine berücksichtigt werden. Aber auch eine spätere Anmeldung genügt zur Wahrung des Vorrechtes, sofern sie noch vor Feststellung der Forderung erfolgt, also nicht § 135 zur Anwendung kommt (Bem. I. 4 zu §§ 129 ff.).[2]) Die verspätete Anmeldung des Vorrechtes kann übrigens in diesem Falle, sofern sie zugleich eine Änderung des Schuldgrundes bedingt oder aus einem andern Grunde die Feststellung der Forderung im allgemeinen Prüfungstermine unmöglich macht, die Folge haben, dass dem Gläubiger die Kosten des besondern Prüfungstermines auferlegt werden (§ 130 Abs. 1, Bem. I. 4 zu §§ 129 ff.). Wird der Schuldgrund geändert, so dass nun nicht mehr dieselbe, sondern eine andere Forderung in Frage steht, so ist die Änderung als eine neue Anmeldung zu behandeln. Dagegen sind Änderungen, welche sich lediglich auf den Betrag der Hauptforderung oder einer Nebenforderung beziehen, in entsprechender Anwendung des § 240 Z. 2 C.-P.-O. nicht als neue Anmeldungen anzusehen. In diesem Falle wird auch bezüglich der Möglichkeit, sich hinsichtlich der Forderung zu erkundigen, in der Regel nichts geändert und eine neue Erkundigung nicht notwendig. Die Erhöhung kann zu einer Bestreitung Veranlassung geben. Aber die Sache liegt nicht so, als ob eine ganz neue Anmeldung erfolgt wäre.[3]) Die Anmeldung „soll“ nach § 121 Z. 6 C.-P.-O. auch die Unterschrift des Anmeldenden enthalten; diese ist jedoch nicht als ein wesentliches, unentbehrliches Erfordernis anzusehen. Die schriftliche Anmeldung kann deshalb von einer andern Person unterzeichnet werden und ist wirksam, wenn deren Unterschrift später genehmigt wird. Hiernach kann eine Person, auch wenn sie nicht des Schreibens kundig ist, ihre Forderung zum Protokolle des Gerichtsschreibers anmelden.

Enthält eine Anmeldung wesentliche Mängel, so ist ihr nicht Folge zu geben, d. h. sie ist in die im § 128 vorgesehene Tabelle nicht einzutragen. Ob die Eintragung unterlassen werden kann, darüber befindet zunächst der Gerichtsschreiber, welcher die ungenügende Anmeldung zurückgeben wird. Die Unterlassung der Eintragung einer bei den Akten liegenden Anmeldung hindert jedoch die Prüfung nicht (Bem. I. 1 zu §§ 129 ff.). Der Anmeldende kann nach § 539 C.-P.-O. bei dem Konkursrichter schon vor dem Prüfungstermine beantragen, dass die Eintragung angeordnet werde. Dann ist eine besondere Entscheidung des Konkursgerichts über die Zulassung dieser Eintragung veranlasst. Von Amts wegen aber hat der Richter keine derartige Entscheidung abzugeben (Bem. I. 1 zu §§ 129 ff.). Eine richterliche Prüfung jeder Liquidation sofort nach deren Einlauf, wie sie Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 283, 284 verlangt, hindert § 128 K.-O., nach welchem die

[1]) R.-G. (II.) 24. Juni 1890, Jur. Woch. S. 256.

[2]) A. M.: Kohler S. 558, der Anmeldung des Vorrechts auch nach Feststellung der Forderung zulässt und Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 480, welcher behauptet, schon durch Zulassung einer Forderung zur Prüfung werde die nachträgliche Anmeldung eines Vorrechtes ausgeschlossen.

[3]) Hullmann S. 273. A. M.: Endemann S. 525; Fuchs S. 123 Nr. V.; Meisner S. 301 a. E.; Stieglitz S. 519; Wengler S. 543; Willenbücher S. 175; v. Wilmowski S. 360 Nr. 2, S. 361 Nr. 4, S. 367 Nr. 2.

Anmeldungen auf der Gerichtsschreiberei, bei welcher sie einlaufen, niederzulegen sind. Hiernach hat eine Vorlage der Akten an den Amtsrichter nicht nach jeder Anmeldung, sondern erst nach Ablauf der im § 126 bestimmten Fristen zu erfolgen. Die Verjährung wird durch eine solche, in Ansehung der Forderung unvollständige, Anmeldung, welche als nicht vorhanden anzusehen ist, nicht unterbrochen (§ 13 K.-O.).[1]) Ist der Grund oder der Betrag der Forderung nicht angegeben, so ist die Anmeldung nicht zu berücksichtigen, insbesondere nicht in die Tabelle einzutragen. Fehlt der Grund des Vorrechtes, so ist dieses als nicht angemeldet anzusehen. Nach der Instruktion zur pr. K.-O. v. 8. Aug. 1855 hatte der Kommissar dem K.-V. eine Abschrift der Anmeldung mitzuteilen und, wenn diese materielle Mängel hatte, zugleich dem anmeldenden Gläubiger mitzuteilen, in welchen Punkten eine Ergänzung geboten sei. Eine solche Mitteilung ist zwar auch nach der K.-O. zulässig und angemessen. Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht. Auch eine besondere Mitteilung der Anmeldungen an den K.-V. ist nicht vorgeschrieben. Diesem wird vielmehr nur die Tabelle mitgeteilt (§ 128 Abs. 2). Dass die urkundlichen Beweisstücke der Anmeldung in Urschrift oder Abschrift beigefügt werden (§ 127), ist für die Wirksamkeit der Anmeldung nicht wesentlich. Vielmehr können die Beweisstücke noch im Prüfungstermine vorgelegt werden, in welchem ohnedies die Urschrift vorgelegt werden muss, wenn die Forderung bestritten wird. Mit Rücksicht darauf ist auch die Anwendung des § 122 Abs. 2 u. 3 C.-P.-O. gerechtfertigt.[2]) Auch die Beibringung der Vollmacht kann noch im Prüfungstermine nachgeholt werden.[3]) Dort ist jedoch deren Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 84 Abs. 2 C.-P.-O.). Eine gewöhnliche Prozessvollmacht genügt nicht. Sie ermächtigt zwar zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen; aber das Kv. ist weder ein Bestandteil eines Rechtsstreites, noch eine Art der Zwangsvollstreckung (Bem. I. 2 zu § 5) und die Anmeldung im Kv. ist keine Handlung in dem vor der K.-E. begonnenen Rechtsstreite.[4]) Hat ein Dritter für einen Gläubiger ohne Vollmacht eine Forderung angemeldet, so ist der Gläubiger an diese Anmeldung natürlich nicht gebunden. Insbesondere gilt dies, wenn ein franz. Fallimentssyndik in einem nach § 207 eröffneten Kv. die Forderungen sämtlicher an dem französischen Verfahren beteiligten Gläubiger ohne besondern Auftrag anmeldet. Nur kann der Gläubiger, welcher seine Forderung selbständig angemeldet hat, natürlich nicht auf Grund der von dem ausländischen Syndik vorgenommenen Anmeldung Anweisung begehren.[5]) Der Erfolg der Anmeldung ist ferner bedingt durch die Prozessfähigkeit des Anmeldenden oder mangels derselben durch Legitimation des gesetzlichen Vertreters, so dass der Anmeldende in Ermangelung des entsprechenden Nachweises Bestreitung zu gewärtigen hat. Prüfung von Amts wegen unter entsprechender Anwendung des § 54 C.-P.-O. ist nicht zulässig, weil der Anmeldende nicht als „Partei" im Sinne des Civilprozesses angesehen werden darf (vgl. Bem. I. 1 zu § 129 ff.). Der Mangel rechtfertigt nur die Bestreitung und zwar deshalb, weil unter dieser Voraussetzung die Verfügungsbefugnis fehlt.[6])

Die K.-O. enthält keine allgemeine Bestimmung, nach welcher ein jeder Gläubiger, welcher nicht im Bezirke des Konkursgerichtes wohnt, bei der Anmeldung einen am Gerichtssitze wohnen-

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 359; v. Wilmowski S. 360 Nr. 2. A. M.: v. Sarwey S. 665 und 667 a. E.; Stieglitz S. 519, 520, welche annehmen, dass eine Unvollständigkeit der Anmeldung lediglich die Bestreitung der Forderung rechtfertige.

[2]) Fitting § 38 Anm. 7; v. Völderndorff Bd. 2 S. 361, 362; Wengler S. 536. Diese Schriftsteller sind zwar a. M. in Ansehung des § 122 Abs. 3. Braucht aber die Urkunde gar nicht vorgelegt zu werden, so muss auch das Anerbieten, Einsicht zu gewähren, genügen.

[3]) Fitting § 38 Anm. 5; Willenbücher S. 175.

[4]) V. die Kommentare z. C.-P.-O. von Reincke S. 108, v. Sarwey Bd. 1 S. 154; L. Seuffert S. 118, Struckmann u. Koch S. 87; v. Wilmowski u. Levy S. 130; Wach, Handb. Bd. 1 § 50 Anm 24.

[5]) O.-L.-G. Colmar 13. Mai 1887, R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 55, Jur. Woch. 1887 S. 475.

[6]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 279, 280.

den Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hat (§ 179 pr. K.-O.). Auch sind die §§ 160, 161 C.-P.-O. hier nicht ohne weiteres anwendbar. Soweit es sich um persönliche Zustellungen ohne gleichzeitige öffentliche Bekanntmachung handelt, ist jedoch der Gläubiger unter den Voraussetzungen jener §§ zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet und, wenn diese unterlassen wird, die Zustellung durch Aufgabe zur Post gerechtfertigt.[1])

3) Die Anmeldung ist das Mittel, durch welches die Konkursforderungen (§ 2) im Kv. geltend gemacht werden; der Anmeldung bedürfen auch die Forderungen der Ehefrau des Gemeinschuldners, ferner Forderungen, welche nach der Anmeldung durch Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge auf andere Personen übergegangen sind (Bem. I. 4 zu §§ 129 ff.). Die Neuanmeldung durch den Rechtsnachfolger muss vollständig dem § 127 entsprechen.[2]) Die Geltendmachung erfolgt gegenüber dem Gemeinschuldner, nicht gegenüber den Gläubigern[3]). Das Versprechen, eine Forderung nicht anmelden zu wollen, hindert die Anmeldung nicht[4]). Deren Wirkungen bestehen:

a. in der Unterbrechung der Verjährung (§ 13 K.-O., § 3 Abs. 3, § 4 E.-G.), welche, da § 13 eine Unterscheidung nicht enthält, mit jeder dem § 127 entsprechenden, während des Kv. erfolgenden Anmeldung verbunden ist, gleichviel ob diese innerhalb der Frist oder schon vorher oder nach deren Ablauf erfolgt;[5])

b. in dem Anspruche auf Erörterung und Prüfung der Forderung in dem allgemeinen oder in einem besondern Prüfungstermine (§ 130, Bem. I. 1 u. 4 zu §§ 129 ff.);

c. in dem Rechte auf Teilnahme an den Gl.-V. und auf die Eigenschaft als Beteiligter in Ansehung des Beschwerderechtes (Bem. III. 4 zu § 66);

d. in der Ausschliessung des Rechtes, zum Zwecke der sofortigen Befriedigung die Forderung — abgesehen von dem in § 132 Abs. 2 vorgesehenen Falle — im Wege des ordentlichen Prozesses geltend zu machen (Bem. III. zu §§ 8 ff., S. 56 Anm. 3);[6])

e) darin, dass durch die Anmeldung der Einbringensforderung seitens der Ehefrau regelmässig auch der Vorschrift des Art. 1444 C. c. genügt wird, nach welcher die gerichtlich erkannte Gütertrennung durch Befriedigung der Ehefrau oder durch ein in den ersten vierzehn Tagen nach dem Urteil angefangenes und ununterbrochen fortgesetztes Vollzugsverfahren (poursuites) vollstreckt werden muss.[7])

Die Anmeldung, durch welche das Konkursgericht nicht zur Entscheidung über die Forderung berufen wird, begründet dagegen in Ansehung derselben nicht Rechtshängigkeit im Sinne des § 235 C.-P.-O. (Bem. 1 zu § 13 S. 62 Anm. 1).[8]) Da die Anmeldung nur die Erklärung enthält, dass der Anmeldende aus der Masse befriedigt sein wolle, ist in ihr an sich weder die Geltendmachung eines Absonderungsrechtes, noch ein Verzicht auf ein solches zu finden (Bem. II. 4 zu § 3, Bem. 1 zu § 57). Ebensowenig hat sie Bedeutung für die gemäss § 14 eintretende Gemeinschaftsteilung[9]). Bezüglich der Anmeldung gepfändeter und überwiesener Forderungen vgl. Bem. III. 5 zu §§ 85 ff.

4) Die Zurücknahme der Anmeldung ist weder an eine Frist noch an die Zustimmung des Gemeinschuldners gebunden. Sie enthält zwar keinen Verzicht auf die Forderung selbst, aber einen Verzicht auf die durch die Anmeldung oder durch die Fest-

[1]) V. Fitting § 38 Anm. 7; Hullmann S. 270; Wengler S. 534 Nr. 2; v. Wilmowski S. 361 Nr. 4.

[2]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 523 ff., 543 ff., 562, welcher teils Neuanmeldung für überflüssig, teils Bezugnahme auf die Angaben der ersten Anmeldung für zulässig erklärt.

[3]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 314 ff.

[4]) R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, R.-Anz. 1889, bes. Beil. 3 S. 215 ff.

[5]) A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 352 lit. c. Nr. II.

[6]) R.-G. (I.) 12. Mai 1886, Jur. Woch. S. 229, Gruchot Bd. 31 S. 1122 ff.

[7]) O.-L.-G. Karlsruhe 4. Dez. 1885, bad. Ann. Bd. 53 S. 21 ff. V. auch R.-G. (II.) 30. März 1886, Jur. Woch. S. 161 Nr. 61.

[8]) O.-L.-G. Frankfurt 26. März 1888, Frankf. Rundsch. 1889 S. 94 ff., bes. 100, 101.

[9]) R.-G. (I.) 1. Juli 1882, Juristenzeit. Bd. 7 S. 387.

stellung der Forderung erworbenen Rechte, muss daher auch, wenn sie vor der Feststellung erfolgt, den Anforderungen entsprechen, welche das bürgerliche Recht in Ansehung des Verzichtes aufstellt[1]). Eine wiederholte Anmeldung derselben Forderung, deren Anmeldung bereits zurückgenommen war, ist nicht ausgeschlossen[2]).

III. Niederlegung der Anmeldungen. — Eintragung in die Tabelle. (§ 128.)

1) Die in Absatz 2 des § vorgesehene Tabelle soll „als urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren dienen und namentlich auch einen besonderen Teilungsplan überflüssig machen" (M. S. 360); bei deren Anfertigung muss also mit grösster Sorgfalt verfahren werden. Die K.-O. schreibt ein Formular nicht vor; dieses ergiebt sich aber von selbst aus den verschiedenartigen Zwecken der Tabelle. Im preuss. Formular (Vierhaus, Formularbuch S. 100), sind folgende Rubriken aufgestellt: 1. beanspruchtes Vorrecht; 2. laufende Nummer; 3. Name, Stand (oder Gewerbe) und Wohnort des Gläubigers; 4. Bezeichnung des Vertreters mit Hinweis auf die Vollmacht; 5. Tag der Anmeldung; 6. angemeldeter Betrag; 7. Grund der Forderung und urkundliche Beweisstücke; 8. Ergebnis der Prüfungsverhandlung; 9. Berichtigung; 10. Bemerkungen. In die letzte Rubrik gehört alles, was in keiner der andern Rubriken einen geeigneten Platz findet, so namentlich, ob wegen einer Forderung zugleich ein, nicht als Vorrecht zu behandelndes, Absonderungsrecht beansprucht oder dieselbe als bedingt angemeldet wird u. s. w. Auch sind hier, soweit nicht die Z. 8 hierzu bestimmt ist, die von dem Gemeinschuldner abgegebenen Erklärungen (§ 129), die Festsetzungen über das Stimmrecht streitig gebliebener Forderungen (§ 87) und die Umstände, welche eine Zurückhaltung der Anteile bedingen, zu vermerken (Bem. II. 3 zu §§ 129 ff.). In die letzte Rubrik gehören ferner Änderungen und Berichtigungen, welche nicht als neue Anmeldungen erscheinen, sofern für sie nicht eine besondere Spalte der Tabelle bestimmt ist. Endlich sind hier einzutragen: die Bemerkungen über die Zurücknahme der Anmeldung, der Vermerk über bleibendes Stimmrecht (§ 87 Abs. 1) und die Angabe des mutmasslichen Ausfalles bezüglich der absonderungsberechtigten Forderungen.

Für jede selbständige Forderung muss mit Rücksicht auf § 129 Abs. 1 („einzeln erörtert") ein besonderer Eintrag auch dann gemacht werden, wenn ein Gläubiger mehrere Forderungen in einer Anmeldung vereinigt hat. Einzutragen sind alle nach der K.-E. erfolgenden Anmeldungen (Bem. I. 2), welche hinsichtlich der Form und des wesentlichen Inhaltes den gesetzlichen Anforderungen entsprechen,[3]) gleichviel ob die Anmeldung innerhalb der Frist oder nach deren Ablauf, ja nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines erfolgt ist. Der Gerichtsschreiber hat nur die Eintragungsfähigkeit, nicht die Anmeldefähigkeit zu prüfen, muss also auch solche Forderungen eintragen, welche nach §§ 2 u. 56 nicht im Kv. geltend gemacht werden können.[4]) Da die Tabelle während der ganzen Anmeldefrist zur Einsichtnahme offen liegen muss, hat die Eintragung sofort, d. h. möglichst bald zu geschehen.

2) Die Offenlegung sämtlicher Anmeldungen und nach Ablauf der Anmeldefrist auch diejenige der Tabelle soll es allen Beteiligten, d. h. dem Gemeinschuldner (vgl. S. 421 Text zu Anm. 1), dem K.-V. und den K.-Gl. — auch wenn sie zugleich Absonderungsberechtigte sind — ermöglichen, die Richtigkeit der Eintragungen zu prüfen und sich bezüglich jeder Anmeldung auf den Prüfungstermin vorzubereiten. Die Absonderungsberechtigten, welche nicht K.-Gl. sind, und die Aussonderungsberechtigten sind in dieser Beziehung nicht als Beteiligte anzusehen. Mit Rücksicht auf den angegebenen Zweck schreibt die K.-O. die abschriftliche Mitteilung der Tabelle an den K.-V. sowie für die Mitteilung und Offenlegung

1) Meisner S. 299; v. Wilmowski S. 367 Nr. 2 a. E.
2) A. M. nur Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 370.
3) Stieglitz S. 520, 521; Willenbücher S. 175 Nr. 4.
4) v. Völderndorff Bd. 2 S. 365.

eine Frist vor, deren Nichtbeachtung dem Verwalter und den K.-Gl. das Recht geben würde, auf Kosten des säumigen Gerichtsschreibers die Vertagung des Prüfungstermines zu verlangen. Eine Vorschrift, nach welcher dem K.-V. auch die Anmeldungen abschriftlich mitgeteilt werden müssten und dieser verpflichtet wäre, über die Anmeldungen vor dem Prüfungstermine eine schriftliche Erklärung abzugeben (pr. K.-O. § 170), wurde in den Motiven (S. 360, 361) für überflüssig erklärt. In der Reichstagskommission (K. S. 90, 91) wurden zwar Bedenken dagegen erhoben, dass dem K.-V. nicht einmal eine Abschrift der Anmeldungen zugehen solle. Die Vorschriften des Entwurfes wurden jedoch unverändert angenommen, nachdem Hagens sie ausführlich gerechtfertigt hatte. Zu den Beteiligten, welche zur Einsichtnahme der Anmeldungen berechtigt sind, ist, wie bereits erwähnt, auch der Gemeinschuldner zu rechnen, der sich nach § 129 Abs. 2 über die Forderungen zu erklären hat, also gleichfalls auf den Prüfungstermin vorbereiten muss. Auch ihm steht hiernach das Recht zu, eine Vertagung zu verlangen, wenn die Anmeldungen nicht rechtzeitig niedergelegt wurden.[1]) Dass der Widerspruch des Gemeinschuldners die Feststellung nicht hindert, kann nicht entscheiden. Da die Forderungen aus seinem Vermögen befriedigt werden sollen und er gehört werden muss, ist er als Beteiligter anzusehen und muss deshalb ebenso wie der K.-V. und die K.-Gl. die Möglichkeit haben, sich aus der Tabelle zu unterrichten.

Die Überbürdung der Kosten auf den Gerichtsschreiber kann nicht gemäss § 97 C.-P.-O. erfolgen (Bem. 2 zu § 65). Hat dieser durch seine Nachlässigkeit die Kosten des Verfahrens vermehrt, so kann der K.-V. unter Umständen von ihm auf dem Wege der Klage Ersatz verlangen. Die Voraussetzungen zur Anwendung des § 97 C.-P.-O. sind aber nicht gegeben, da im Kv. von einer Verurteilung zur Tragung von „Prozesskosten" nicht die Rede sein kann.[2])

§ 129.

In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.

§ 130.

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldet sind, zu prüfen, wenn weder der Verwalter, noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt; andernfalls ist auf Kosten des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen.

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Änderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung.

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besondern Prüfungstermines.

[1]) Fitting § 38 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. 2 S. 368, 369; Willenbücher S. 175 Nr. 2; v. Wilmowski S. 363 Nr. 3. A. M.: Meisner S. 301; v. Sarwey S. 668 Nr. 5; Stieglitz S. 522; Wengler S. 538.

[2]) A. M.: Fitting § 38 Anm. 10; Stieglitz S. 522.

§ 131.

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt.

§ 132.

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten, so kann ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden.

§ 133.

Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebnis in die Tabelle einzutragen. Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken.

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern.

(E. §§ 129—133; M. S. 361—364; K. S. 91, 92, 98—100; pr. K.-O. §§ 171—180.)

Abänderung d. Anmeldung S. 424, 429, 437.
Absonderungsrechte S. 424, 436.
Anfechtung S. 426, 427.
Anhörung d. K.-V. u. Gemeinsch. S. 425, 427.
Aufrechnung S. 427.
Ausfallsforderung S. 424, 431.
Berichtigung d. Tabelle S. 431, 434, 436.
Beschwerde S. 434 ff.
Besonderer Prüfungstermin S. 429 ff.
Bestreitungsgründe S. 426 ff., 437.
Bestreitung d. d. Gemeinsch. S. 432.
Beteiligte S. 426, 427.
Beurkundung S. 436.
Einwendungen S. 434.
Ermittelungen S. 425.
Feststellung S. 431 ff.
Frist f. d. bes. Termin S. 430.
Gerichtsschreiber S. 427, 436.
Konkursrichter S. 424, 427, 436.
Kontokorrentforderung S. 426, 434.
Kosten d. bes. Termins S. 430.
„ „ Vertretung S. 428 a. E.
Mangel d. Eintragung S. 423.
Mehrere Forderungsprätendenten S. 423.
Notwendige Personen S. 427 ff.
Protokoll S. 425, 436.
Rechtsnachfolger S. 429.
Schuldurkunden S. 437.
Übersicht d. Masse u. Forderungen S. 424.
Urteilshypothek S. 432.
Vertagung S. 425.
Vertretung d. Gemeinsch. u. d. K.-Gl. S. 428.
„ d. K.-V. S. 427, 428.
Vorbehalt S. 431.
Wechselurkunde S. 437.
Wiederaufnahmeverf. S. 433.
Zurücknahme d. Widerspr. S. 431.
„ „ Anerkennung S. 424.

I. Verfahren im Prüfungstermine. (§§ 129—131.)

1. Gegenstand, Gang und Form der Erörterung.

Im Prüfungstermine sind die seit der K.-E. (Bem. I. 2 zu §§ 126 ff.) angemeldeten Forderungen unter den Beteiligten (Bem. I. 2) zu erörtern; auch ist festzustellen, welche Forderungen anerkannt und welche betritten werden. Da das Gesetz die Erörterung der „angemeldeten", nicht diejenige der eingetragenen Forderungen vorgeschrieben hat, kommt es nicht darauf an, ob die angemeldete Forderung vom Gerichtsschreiber auch in die Tabelle eingetragen wurde. Der Richter darf sich deshalb nicht darauf beschränken, die letztere anzusehen, sondern muss sich an die Anmeldungen halten und diese, soweit sie der Vorschrift des § 127 entsprechen (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.), zur Erörterung bringen. Der Prüfung sind allerdings nur die wirksamen, d. h. dem § 127 K.-O. entsprechenden Anmeldungen zu unterstellen. Der Konkursrichter hat aber nicht vor dem Prüfungstermine über die Zulassung oder Zurückweisung der einzelnen Anmeldungen zu entscheiden (Bem. II. 2 zu § 126 ff.)[1]) Eine derartige Entscheidung ist in der K.-O. nirgends vorgesehen und würde das Verfahren unter Umständen sehr verschleppen, da gegen die Entscheidung, durch welche eine Anmeldung zurückgewiesen würde, Beschwerde zulässig wäre.[2]) Findet sich bei den Akten eine unwirksame Anmeldung vor, sei es, weil der Gerichtsschreiber den Mangel übersehen, oder weil die Anmeldung trotz Zurückgabe und Benachrichtigung des Einsenders wiederholt unvollständig eingereicht wurde, so erfolgt die Zurückweisung durch Gerichtsbeschluss im Prüfungstermine und Zustellung gem. § 66 Abs. 2 K.-O. Soweit der Richter die Anmeldung formell in Ordnung findet, unterstellt er sie durch Vorlesen der Prüfung. Mag man in dieser Handlung auch eine Art von thatsächlicher Entscheidung (latentes Dekret nach Oetker a. a. O.) erblicken, so ist dieselbe jedenfalls der Anfechtung entzogen, weil formell eine Entscheidung nicht vorliegt; aber auch von Rechtskraft der Entscheidung darf man hier nicht sprechen, wenigstens nicht von Rechtskraft im materiellen Sinne, denn letztere kommt nach § 293 C.-P.-O. nur Endurteilen zu.[3]) Wenn mehrere Personen, z. B. Cedent und Cessionar die nämliche Forderung formell richtig anmelden, hat der Richter diese Anmeldungen ebenso wie jede andere Anmeldung in ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge der Prüfung zu unterstellen und es den Beteiligten zu überlassen, durch gegenseitige Bestreitung die Feststellung zu hindern; der Streit ist gem. § 134 weiter zu verfolgen.[4]) Ist bei Anmeldung innerhalb der Anmeldungsfrist der eine Prätendent im Prüfungstermine ausgeblieben, so dass der andere mangels Bestreitung Feststellung erlangt, so hat der Säumige, dem nun die Rechtskraft der Feststellung entgegensteht, den Schaden seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Meldet der eine Forderungsprätendent erst an, nachdem der andere bereits Feststellung erlangt hat, so ist es Aufgabe des K.-V., die Forderung zu bestreiten; die Verfolgung des Anspruchs gemäss § 134 wird aber durch die Rechtskraft der Feststellung gehemmt, soweit nicht Wiederaufnahme möglich ist. Ob die Forderung im Kv. geltend gemacht werden kann (§ 2) oder unter § 56 fällt, ist nicht vom Gerichtsschreiber zu entscheiden, sondern erst Gegenstand der Verhandlungen im Prüfungstermine (Bem. III. 1 zu §§ 126 ff.)[5]) Wird eine rechtzeitig angemeldete Forderung, welche der Gerichtsschreiber nicht in die Tabelle eingetragen hatte, festgestellt, so muss der Richter

[1]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 283, 284 mit 279, 280.

[2]) V. Oetker a. a. O. S. 277.

[3]) A. M.: Oetker, Grundbegr. S. 284, 285, 391.

[4]) A. M. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 379, der von alternativer Zulassung spricht.

[5]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 302, 303, 308 behauptet die ausnahmsweise Notwendigkeit vorgängiger richterlicher Entscheidung über diese Frage für den Fall der Anmeldung einer Forderung, welche vom Kv. ausgeschlossen, aber mit einem Titel (§ 134 Abs. 6) versehen ist, damit nicht der Anmeldende ohne weiteres die in § 134 Abs. 6 gewährte Begünstigung erlange.

veranlassen, dass sie nachträglich eingetragen wird. Andernfalls würde dem Gläubiger die Feststellung nichts nützen, da § 132 die Eintragung in die Tabelle voraussetzt (§ 133) und der Gläubiger nur, wenn diese erfolgt ist, bei den Verteilungen berücksichtigt wird.[1]) Wenn die Anmeldung nicht rechtzeitig erfolgt ist (Bem. I. 2 zu §§ 126 ff.), hat der Gläubiger zwar keinen Anspruch darauf, dass sie im allgemeinen Prüfungstermine erörtert wird; die Erörterung muss jedoch erfolgen, wenn weder der K.-V. noch einer der erschienenen K.-Gl. hiegegen Widerspruch erhebt. Deshalb kann der Richter auch die nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen, solange ein solcher Widerspruch nicht erfolgt ist, nicht von der Erörterung ausschliessen. Auf den Widerspruch des Gemeinschuldners kommt nichts an, da dieser in § 129 nicht erwähnt wird. Er kann sonach nicht verlangen, dass die Erörterung vertagt werde, sondern muss, wenn er seine Rechte wahren will (§ 132 Abs. 2, § 152 Abs. 2), die angemeldete Forderung bestreiten.[2]) Mit Zustimmung des K.-V. und der erschienenen Gläubiger können übrigens auch solche Forderungen erörtert werden, welche erst im Prüfungstermine selbst angemeldet worden sind, gleichviel ob die Anmeldung sofort oder erst im Laufe der Verhandlungen stattgefunden hat.[3]) Ebenso wie verspätete Anmeldungen sind diejenigen nachträglichen Abänderungen zu behandeln, welche als neue Anmeldungen anzusehen sind (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.). Der Widerspruch kann in wirksamer Weise noch dann erhoben werden, wenn die Erörterung begonnen hat, und zwar auch von solchen Personen, welche sich hieran beteiligt haben. Hat aber der K.-V. oder ein Gläubiger die Forderung ausdrücklich anerkannt, so ist er nicht mehr berechtigt, diese Anerkennung zurückzuziehen und dadurch die Feststellung zu verhindern.[4]) Zum Gegenstand der Erörterung kann nicht bloss der Bestand der Forderung und deren Rang, sondern (bei bedingten Forderungen: § 142 Abs. 2, § 155 Z. 4) auch die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gemacht werden.[5]) Ebenso ist nach § 87 die Stimmberechtigung derjenigen Gläubiger zu erörtern, deren Forderungen bestritten worden sind. Ob eine Forderung als Ausfallsforderung zu berücksichtigen sei, hängt von ihrer Eigenschaft als Konkursforderung ab, ist daher im Prüfungstermine zu erörtern.[6]) Die Prüfung von Absonderungsansprüchen ist nicht Zweck des Termines. Der K.-V., der allein darüber zu entscheiden hat, ob er solche Ansprüche anerkennen will, braucht sich darüber nicht im Prüfungstermine zu erklären (Bem. III. zu § 3). Ebenso verhält es sich mit Aussonderungsansprüchen; die Feststellung einer unter Vorbehalt eines solchen Anspruchs angemeldeten Forderung berührt den Bestand des Aussonderungsrechts nicht (Vorbem. zu §§ 35 ff.).

Ehe zur Prüfung geschritten wird, hat der Konkursrichter oder der K.-V., auch wenn eine Vereinigung des Wahltermines und des Prüfungstermines nicht stattgefunden hat, eine Übersicht über die verfügbare Aktivmasse sowie über die angemeldeten Forderungen zu geben, ferner den Gesamtbetrag aller und die Höhe derjenigen Forderungen mitzuteilen, für welche ein Vorrecht oder Absonderungsrecht beansprucht wird. Eine solche Übersicht ist zwar nicht vorgeschrieben, aber zweckmässig, insbesondere wenn sich die Sachlage seit der ersten Gl.-V. geändert hat. Hierauf sind die angemeldeten Forderungen „einzeln" zu erörtern, indem der Richter den wesentlichen Inhalt der Anmeldungen nach und nach mitteilt. Zunächst werden die Forderungen, für welche ein Vorrecht beansprucht wird und

[1]) R.-G. (IV.) 22. Okt. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 407 ff., Jur. Woch. 1885 S. 354, Bolze Bd. 2 Nr. 1988 und R.-G. (I.) 20. Okt. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 155.

[2]) Stieglitz S. 528. A. M. bezüglich der im Laufe der Verhandlungen angemeldeten Forderungen v. Völderndorff Bd. 2 S. 376.

[3]) Stieglitz S. 527 Anm. d; v. Völderndorff Bd. 2 S. 377; Wengler S. 542 Nr. 1.

[4]) A. M. anscheinend Stieglitz S. 528 lit. f.

[5]) Endemann S. 528; Fitting § 38 Anm. 22 u. 23; v. Sarwey S. 683; Stieglitz S. 535; v. Wilmowski § 133 Nr. 1.

[6]) R.-G. (III.) 29. Jan. 1884, Jur. Woch. S. 89 u. (I.) 5. Juli 1890, R.-Anz., bes. Beil. S. 474, Jur. Woch. S. 277 Nr. 10, Bolze Bd. 10 Nr. 882.

zwar in der Reihenfolge der Vorrechte, dann die übrigen Forderungen nach der Reihenfolge der Anmeldung zu erörtern sein. Ergeben sich bei Erörterung einer Forderung Schwierigkeiten, deren Beseitigung erwartet werden darf, so kann deren Prüfung ausgesetzt werden, bis die übrigen Forderungen erörtert sind. Bei jeder einzelnen Forderung ist zu fragen und festzustellen, ob jemand und wer sie bestreitet. Zu diesem Zwecke wird der Richter zuerst dem K.-V. das Wort erteilen und dann an die K.-Gl. sowie an den Gemeinschuldner die Frage richten, ob sie einen Einwand gegen die Forderung oder das Vorrecht erheben wollen. Falls Widerspruch erhoben wird, ist zunächst dem anmeldenden Gläubiger das Wort zu geben; wenn der Widerspruch von einem Gläubiger ausgeht, sind der K.-V. und der Gemeinschuldner zu hören. Hat lediglich der Gemeinschuldner die Forderung bestritten, so bedarf es einer weitern Erörterung nicht, weil dessen Widerspruch die Feststellung für das Kv. nicht hindert, sondern nur zu beurkunden ist.

Die Erörterung in dem Termine ist eine mündliche. Die Vorschriften der C.-P.-O. über die Notwendigkeit mündlichen Vorbringens von Parteianträgen und Behauptungen (§§ 128, 129, 269, 270 u. s. w.) kommen jedoch nicht zur Anwendung (Bem. 2 zu § 65). Die zur Beurteilung dienenden Materialien, die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners, die zugänglichen Prozessakten u. s. w. sind möglichst bereit zu halten. Das Gericht kann und soll die gütliche Beilegung eines Streites versuchen; es kann ferner nach § 67 alle zur Aufklärung erforderlichen Ermittelungen, welche sofort vornehmbar sind, anordnen. Kann die Prüfung sämtlicher Forderungen nicht in einem Tage beendigt werden, so hat der Richter von Amts wegen einen neuen Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen (§ 65 K.-O. und § 127 Abs. 3 C.-P.-O.). Da solche aufeinander folgende Termine zusammen den allgemeinen Prüfungstermin bilden, ist es zulässig, dass die Prüfung einer Forderung ausgesetzt und deren Erörterung in einem spätern Termine vorgenommen wird, bis zu welchem auch Ermittelungen eingezogen werden können. Dagegen entspricht es dem Zwecke des Prüfungsverfahrens nicht, dass lediglich zum Zwecke von Ermittelungen die Erörterung auf einen — ausserdem überflüssigen — Termin verschoben wird. Der Versuch, einen erhobenen Widerspruch, der ja jederzeit zurückgezogen werden kann, zu beseitigen, rechtfertigt die Vertagung nicht. Wird aber ein solcher nicht erhoben, so hat der Gläubiger ein Recht auf Feststellung.[1]) Jedoch kann das Gericht, ohne zu vertagen, Ermittelungen anordnen, um dem K.-V. die nachträgliche Zurücknahme der Bestreitung nach Prüfung ihrer Begründung zu ermöglichen. Da der Konkursrichter ebensowenig eine Beweisaufnahme hinsichtlich der angemeldeten Forderungen anzuordnen, als über diese zu entscheiden hat, ist es auch unzulässig, dass bezüglich einer Forderung Eidesleistung angeordnet und davon die Feststellung abhängig gemacht wird. Eine Eidesleistung über das Bestehen der Forderung würde schon nach §§ 410, 415, 437 C.-P.-O. ausgeschlossen sein.[2]) Aber auch über deren thatsächliche Grundlagen kann im Kv. eine Eidesleistung nicht stattfinden, da die Feststellung der bestrittenen Forderungen in besonderen Prozessen zu erfolgen hat (§ 134).

Das Ergebnis der Prüfung kann immer nur Feststellung oder Bestreitung sein. Auch wenn Forderungen angemeldet wurden, welche nach den §§ 2 oder 56 im Kv. nicht geltend gemacht werden können, ist in der Tabelle zu bemerken, dass die Forderung, deren Bestehen nicht zu prüfen war, „nicht festgestellt“ worden sei.[3]). Über die Verhandlung ist ein Protokoll zu errichten (Bem. II. 3).

[1]) Fitting § 38 Anm. 21; Fuchs S. 122 Anm. 18; König S. 72; Meisner S. 302 Anm. 2; Stieglitz S. 525 Anm. d; v. Völderndorff Bd. 2 S. 371; Wengler S. 541; v. Wilmowski S. 365 § 129 Nr. 4. A. M.: Hullmann S. 271.

[2]) v. Sarwey S. 671; Stieglitz S. 525 Anm. e; v. Völderndorff Bd. 2 S. 375. A. M.: Wengler S. 540, 541.

[3]) v. Wilmowski § 129 Nr. 3.

2. *Beteiligte und Bestreitungsgründe.* (§§ 129, 132.)

Zu den bei der Prüfung beteiligten Personen gehört vor allem der Verwalter, der in pflichtmässiger Wahrnehmung der Interessen aller Gläubiger berufen ist, jede Forderung sowohl nach ihrem Bestande als nach ihrem etwaigen Vorrechte zu prüfen. Er ist als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. III. 1 zu § 5) selbst dann berechtigt, eine Forderung zu bestreiten, wenn alle im Prüfungstermine vertretenen Gläubiger sie anerkennen. In der Reichstagskommission wurde dieses selbständige Widerspruchsrecht beanstandet. Der darauf bezügliche Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte, dem K.-V. komme vermöge seiner Stellung vornehmlich die Erklärung über die Forderungen zu, und ein Anerkenntnis der erschienenen Gläubiger könne, da diese oft nur solange an der Verhandlung teilnähmen, bis ihre Forderungen geprüft seien, ja die nachträglichen kleinern Prüfungstermine meist in Gegenwart weniger Gläubiger abgehalten würden, keine genügende Unterlage abgeben, um allen Gläubigern gegenüber ein rechtskräftiges Verhältnis zu schaffen (K. S. 91, 92). Neben dem K.-V. steht ein selbständiges Prüfungs- und Widerspruchsrecht den einzelnen Konkursgläubigern, d. h. allen Personen zu, welche eine Forderung angemeldet haben, gleichviel ob diese Forderung bereits anerkannt oder bestritten und ob sie bevorrechtigt oder nicht bevorrechtigt ist, oder ob behauptet wird, sie könne im Kv. nach §§ 2 und 56 nicht geltend gemacht werden. Der Widerspruch desjenigen, dessen Anmeldung wegen Nichtbeachtung des § 127 im Prüfungstermin oder vorher zurückgewiesen wurde, ist bedeutungslos; eine solche Person kann nicht als anmeldender Gläubiger angesehen werden, weil die unvollständige Anmeldung überhaupt keine Anmeldung ist.[1]) Da das Bestreitungsrecht der K.-Gl. ein selbständiges ist, macht ihre Bestreitung trotz eines Anerkenntnisses des K.-V. die Forderung zu einer bestrittenen. Dass der widersprechende Gläubiger keine Forderung oder kein Interesse habe und sonach nicht zur Bestreitung befugt sei, kann nur im Spezialprozesse, nicht im Prüfungstermine mit Erfolg geltend gemacht werden (K. S. 92). Inhaber bevorrechtigter Forderungen haben auch gegenüber nicht bevorrechtigten Forderungen ein Interesse an der Bestreitung insoferne, als es nicht gleichgültig ist, ob der angebliche K.-Gl. Einfluss auf das Kv. gewinnt.[2]) Der Bestreitende braucht Gründe für seinen Widerspruch nicht anzugeben. In dem Feststellungsprozesse können ferner ganz andere Bestreitungsgründe als diejenigen geltend gemacht werden, welche der Bestreitende etwa im Prüfungstermine vorgebracht hat.[3]) Die Bestreitung einer Forderung kann auch deshalb erfolgen, weil sie nicht dem Anmeldenden, sondern einer andern Person (gleichen Namens) zustehe. Es kann jedoch im Kv. bezüglich einer Zweigniederlassung (§ 208) nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, die Forderung rühre aus dem Geschäftsbetriebe der (ausländischen) Hauptniederlassung her, weil die von der Hauptniederlassung und Zweigniederlassung eingegangenen Verbindlickeiten Schulden der nämlichen Person sind.[4])

Der K.-V. kann eine Forderung auch aus dem Grunde bestreiten, weil er beabsichtigt, von dem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch zu machen; denn eine Forderung, welche den K.-Gl. bezw. dem K.-V. gegenüber unwirksam ist, kann im Kv. nicht mit Erfolg geltend gemacht werden. Handelt es sich um eine Kontokorrentforderung, so braucht sich der K.-V. nicht über die einzelnen Posten, sondern nur darüber zu erklären, ob er den Saldo anerkenne oder bestreite. Das Bestreiten einzelner Posten wäre eine nach dem obigen überflüssige Begründung. Die Anerkennung der Kontokorrentforderung aber benimmt ihm nicht das Recht, nachträglich einzelne derselben zu Grunde liegende Rechtsgeschäfte gemäss §§ 22 ff. anzufechten, durch deren Anfechtung der Saldo nicht vermindert wird (Bem. II. 1). Den Gläubigern steht

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 313.

[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 491. A. M.: Fitting § 12 Anm. 8 und die Kommentare.

[3]) Endemann S. 529; Fitting § 38 Anm. 25; v. Sarwey S. 674; Stieglitz S. 532; v. Völderndorff Bd. 2 S. 383; Willenbücher S. 178 Nr. 3; v. Wilmowski S. 369 § 132 Nr. 1.

[4]) O.-L.-G. Colmar 13. Mai 1887, R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 55.

während des Kv. ein Anfechtungsrecht nicht zu (Bem. 1 zu § 29 S. 156 Anm. 2); in der Erklärung eines K.-Gl., dass er die Forderung für anfechtbar halte, ist deshalb, da auch die anfechtbare Handlung an sich rechtswirksam ist, eine Bestreitung noch nicht zu finden. Wenn sich der K.-Gl. auf diese Erklärung beschränkt, ist die Forderung sonach als eine unbestrittene zu behandeln. Erklärt der Gläubiger aber ausdrücklich, dass er die Forderung bestreite, so ist diese Bestreitung trotz der Berufung auf die Anfechtbarkeit wirksam, ebenso, wie wenn der Gläubiger aus einem andern offenbar unzutreffenden Grunde gegen die Feststellung Widerspruch erhebt. Auch die Geltendmachung der Aufrechnungsbefugnis steht lediglich dem K.-V. zu (Vorbem. 5 zu §§ 46 ff.). Wenn ein K.-Gl. die Forderung als solche anerkennt und nur verlangt, dass mit einer Forderung des Gemeinschuldners gegen sie aufgerechnet werde, ist diese Erklärung sonach gleichfalls bedeutungslos, solange der K.-V. sich ihr nicht anschliesst. Dagegen ist der Widerspruch wirksam, wenn der Gläubiger erklärt, er bestreite die Forderung, weil er annehme, sie sei kraft Gesetzes durch Aufrechnung getilgt. Ist der Verwalter auch im Prüfungsverfahren ebenso wie in andern Richtungen als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen (Bem. III. 1 zu § 5), so hat er doch infolge seiner Stellung die Interessen der Gläubiger zu wahren und handelt pflichtwidrig, wenn er eine offenbar unbegründete Forderung anerkennt. Es ist aber, selbst wenn alle K.-Gl. die Bestreitung von ihm verlangen, lediglich seinem pflichtmässigen Ermessen überlassen, welche Erklärung er abgeben will. Der einzelne Gläubiger übt sein Widerspruchsrecht nicht in Vertretung der übrigen Gläubiger, sondern kraft eigenen Rechtes aus und braucht dabei nur seine eigenen Interessen im Auge zu haben. Er hat ja auch den Rechtsstreit, den er sich durch die Bestreitung zuzieht, im eigenen Namen zu führen, und wenn er unterliegt, die Prozesskosten zu tragen. Dass sein Widerspruch zugleich den übrigen K.-Gl. und dem Gemeinschuldner nützen kann, macht ihn noch nicht zu deren Vertreter.[1])

Eine andere Stellung als der K.-V. und die einzelnen K.-Gl. hat der Gemeinschuldner. Von ihm fordert § 129 Abs. 2 eine Erklärung nur zur Aufklärung und mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 152 Abs. 2. Sein Bestreiten, das in die Tabelle unter die Rubrik „Bemerkungen" einzutragen ist, macht für das Konkursverfahren die Forderung nicht streitig (§§ 5 u. 6). Trotzdem ist der Gemeinschuldner, aus dessen Vermögen die Forderungen befriedigt werden sollen, und der, wenn er erschienen ist, nach § 129 gehört werden muss, in Ansehung des Prüfungsverfahrens als Beteiligter anzusehen (Bem. III. 2 zu §§ 126 ff.).

3. Personen, deren Anwesenheit notwendig ist. (§§ 129—132.)

Damit der Prüfungstermin stattfinden kann, ist es unbedingt notwendig, dass der Konkursrichter, welcher die Verhandlung zu leiten hat, und ein Gerichtsschreiber anwesend ist, welcher das Protokoll zu führen und die Eintragungen in die Tabelle zu bewirken hat. Die in Abwesenheit einer dieser Personen erfolgenden Erklärungen können nicht als im Prüfungstermin abgegeben gelten. Ferner kann nicht ohne den Verwalter verhandelt werden; versäumt er den Termin, so ist dieser zu wiederholen und der K.-V. haftet im Falle des Verschuldens für Schadenersatz und Kosten. Dass der K.-V. berechtigt ist, zu seiner Unterstützung einen Rechtsbeistand zuzuziehen, wurde in der Reichstagskommission (K. S. 92) ohne Widerspruch bemerkt. Auch ist diese Befugnis umsoweniger zweifelhaft, da sie auch den einzelnen K.-Gl. zusteht (Bem. II. 1 a. E. zu §§ 85 ff.). Der K.-V. kann sich im Verhinderungsfalle auch vertreten lassen, wenn der Stellvertreter von dem Gerichte als geeignet befunden wird (Bem. I. 3 a. E. zu §§ 70 ff.).[2]) Erscheint weder der

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 384 Anm. 9. A. M. sind (in verschiedenen Richtungen): Fitting § 12 Anm. 19; Schultze, Konkursr. S. 57.

[2]) König S. 72; Fitting § 38 Anm. 18; v. Sarwey S. 675 Bem. 3 zu § 132; v. Völderndorff Bd. 2 S. 374 Anm. 8; Wengler S. 541; Willenbücher S. 176 Nr. 2; v. Wilmowski S. 363 § 129

K.-V. noch ein Vertreter desselben, so ist der Grund des Ausbleibens festzustellen. Kann der Termin, weil der K.-V. sich nicht eingefunden hat, oder der Vertreter nicht zugelassen wird, nicht stattfinden, so ist dessen Verlegung geboten. Der neue Termin ist gemäss § 103 bekannt zu machen, sofern die Verlegung nicht den versammelten Gläubigern bekannt gegeben werden kann (§ 85 Abs. 2). Ist das Ausbleiben ein schuldhaftes, so kann § 76 zur Anwendung kommen und auf Antrag des Gl.-A. oder einer zu diesem Zwecke einzuberufenden Gl.-V. (Bem. III. 1 zu § 76; vgl. § 90) die Entlassung verfügt werden.[1]) Von Einlassungszwang kann hier nicht gesprochen werden, weil nicht die prozessuale Einlassung auf einen Rechtsstreit, sondern die Verpflichtung zur Vornahme einer Verwaltungshandlung in Frage steht.[2]) Der Konkursrichter kann nicht von Amts wegen lediglich zur Wahrnehmung der im Prüfungstermine zu entfaltenden Thätigkeit einen Vertreter bestellen; dies würde auch in der Regel unzweckmässig sein, da der Vertreter ohne geschäftliche Anweisung durch den K.-V. seiner Aufgabe nicht gerecht werden könnte (vgl. hierzu insbes. wegen der Stellvertretung für den Fall, dass der K.-V. selbst K.-Gl. ist, Bem. I. 4 zu §§ 70 ff.).[3]) Verpflichtet zum Erscheinen ist auch der Gemeinschuldner wegen seiner Verbindlichkeit zur Auskunftserteilung; wenn er ausbleibt und seine Anwesenheit als notwendig erscheint, kann sonach die Verhandlung bezüglich aller oder einzelner Forderungen vertagt und seine zwangsweise Vorführung oder Haft verfügt werden (Bem. I. und III. 1 zu §§ 92 ff.). Gesetzlich notwendig ist aber dessen Anwesenheit nicht. Der Gemeinschuldner kann sich deshalb auch durch einen prozessfähigen Bevollmächtigten vertreten lassen, solange nicht sein persönliches Erscheinen angeordnet worden ist. Die Teilnahme der einzelnen Gläubiger ist eine freiwillige; sie können persönlich oder durch einen prozessfähigen Vertreter erscheinen und sich erklären, müssen es aber nicht thun; ihr Schweigen gilt, soweit es sich nicht um ihre eigenen Forderungen handelt, als Zustimmung zu den Erklärungen des K.-V. An der Notwendigkeit, die Forderungen eines anmeldenden Gläubigers zu prüfen, wird nach § 131 durch dessen Ausbleiben nichts geändert. Es findet kein Versäumnisverfahren statt. Vielmehr muss die Prüfung, wenn der Gläubiger ausgeblieben ist, oder Erklärungen bezüglich seiner Forderung verweigert, ebenso vorgenommen werden, als wenn er erschienen wäre oder die verlangte Auskunft erteilt hätte. Ist die Prüfung einer Forderung beendigt und Widerspruch nicht erhoben worden, so kann solcher nicht nachträglich am Schlusse des allgemeinen Termines oder bei einer Fortsetzung desselben noch erhoben werden. Jede Forderung ist für sich allein zu erörtern; ist das Ergebnis dieser Prüfung durch das Gericht festgestellt worden, so ist jeder Widerspruch, der nicht auf einer Wiederaufnahmeklage beruht (Bem. II. 1), ausgeschlossen. Ein K.-Gl., der in dem Prüfungstermine ausgeblieben ist, kann selbst gegen Anerbieten des Kostenersatzes nicht beanspruchen, dass zum Zwecke der nochmaligen Prüfung seiner bestrittenen Forderung ein neuer Termin anberaumt werde. Es bleibt vielmehr bei der Bestreitung; eine Feststellung kann nur auf dem Wege des Prozesses herbeigeführt werden (§ 134).[4]) Der K.-V. kann die Kosten, welche er für einen Rechtsbeistand oder einen vom Gerichte zugelassenen Vertreter aufgewendet hat, als Massekosten im Sinne des § 51 Z. 2 verrechnen, sofern die Aufwendung vom Gerichte als zweckentsprechend angesehen und gebilligt wird. Dagegen kann der Gemeinschuldner für die Kosten, welche er für einen Vertreter aufgewandt hat, Ersatz aus der Masse nicht verlangen. Die Vertretungskosten der Gläubiger fallen unter § 56 Z. 2.

Nr. 2. A. M.: Stieglitz S. 523 Anm. b; v. Völderndorff, Willenbücher und v. Wilmowski nehmen übrigens an, dass es einer Genehmigung der Person des Vertreters durch das Gericht nicht bedürfe.

[1]) Schultze, Konkursrecht S. 60, 61; v. Völderndorff Bd. 2 S. 373; v. Wilmowski S. 363 § 129 Nr. 2.

[2]) A. M.: Schultze a. a. O. S. 60, 61, 146 ff.; v. Wilmowski S. 363 § 129 Nr. 2.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 373 Anm. 6. A. M.: Fitting § 38 Anm. 18; Stieglitz S. 523 Anm. b.

[4]) v. Sarwey S. 673, 674; Willenbücher S. 177; v. Wilmowski S. 368 zu § 131. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 380 lit. c.

4. Der besondere Prüfungstermin. (§ 130.)

Wenn ein Gläubiger die Anmeldefrist versäumt oder es unterlassen hat, ein Vorrecht geltend zu machen, so wird er nicht mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen, sondern kann diese noch nachträglich geltend machen, überhaupt seine Anmeldung noch beliebig abändern (§ 130, Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.). Bezieht sich die Abänderung auf die wesentlichen Bestandteile der Anmeldung, so kann sie aber die Wirkung haben, dass sie als eine neue Anmeldung betrachtet wird (Bem. II. 2 zu § 126). Ist die nachträgliche Anmeldung oder Abänderung noch vor dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgt, so hat, wenn weder vom K.-V. noch von einem K.-Gl. hiegegen Widerspruch erhoben wird, die Prüfung ungeachtet der Versäumung und ohne dass eine Entschuldigung erforderlich ist, im allgemeinen Prüfungstermine zu erfolgen; die Versäumung hat also keinerlei Nachteile zur Folge (Vorbem. 1 S. 413). Wird in dieser Beziehung Widerspruch erhoben oder erfolgt die Anmeldung erst nach dem festgesetzten Termine, so ist dagegen zum Zwecke der Prüfung ein nachträglicher besonderer Termin zu bestimmen. Wie lange nachträgliche Anmeldungen noch zulässig sind und ein Recht auf Anberaumung eines besondern Prüfungstermines gewähren, ist mit Rücksicht auf den Zweck und Gang des Kv. zu bestimmen. Sobald das Schlussverzeichnis festgestellt oder ein Zw.-V. angenommen worden ist (§§ 150, 166), haben die bisher am Verfahren beteiligten K.-Gl. ein unentziehbares Recht auf den Vollzug der Schlussverteilung oder des Zw.-V. Von diesem Zeitpunkte an können sonach neue Anmeldungen nicht mehr berücksichtigt werden.[1]) Bezüglich der nach Vornahme einer Abschlagsverteilung angemeldeten Forderungen vgl. Bem. III. 1 zu § 143. In derselben Lage wie verspätete K.-Gl. sind Rechtsnachfolger, welche eine bereits angemeldete Forderung erwerben, soferne es ihnen nicht gelingt, sich noch innerhalb der Anmeldefrist zu melden. Jedenfalls müssen sie neu anmelden, weil sie nur auf diesem Wege die zur Beteiligung an den Abstimmungen und an den Verteilungen erforderliche Feststellung zur Tabelle (§§ 87, 140 ff.) erlangen können. Der Rechtsnachfolger, dessen Anmeldung im allgemeinen Prüfungstermine nicht mehr zur Prüfung gelangt, muss sich daher um einen besonderen Prüfungstermin bewerben. Der Prüfung unterliegt, soferne die Forderung selbst bereits festgestellt ist, nur die Thatsache der Rechtsnachfolge; wird diese anerkannt oder im Widerspruchsprozess (§ 134) festgestellt, so muss dem Anmeldenden die vorausgegangene Feststellung der Forderung samt einem etwaigen Vorrecht (Bem. I. 2 zu § 54) zugute kommen und die Forderung unter Löschung des früheren Eintrages für ihn als festgestellt eingetragen werden. Dagegen sind weder die §§ 665 ff. C.-P.-O. entsprechend anwendbar, weil dort von der Vollstreckungsklausel die Rede ist, während dem Rechtsnachfolger der Titel fehlt; noch wird dem Bedürfnisse dadurch Rechnung getragen, dass sich der Rechtsnachfolger von Fall zu Fall neu legitimiert.[2]) Es ist nicht angemessen, dass der K.-V. allein und bei der Bestreitung des Stimmrechts das Konkursgericht allein über die Zulassung oder Nichtzulassung einer Person zur Beteiligung am Kv. entscheide, zumal § 87 Abs. 3 die Beschwerde ausschliesst, die Nichtanwendung der letzteren Vorschrift aber eine Willkürlichkeit wäre. Der Zuständigkeit des K.-V. zur Prüfung der Legitimation eines Rechtsnachfolgers im Verteilungsverfahren steht übrigens § 140 entgegen, nach welchem bei Verteilungen nur festgestellte und im Feststellungsprozess befangene Forderungen berücksichtigt werden dürfen; denn dieses Erfordernis kann nur dahin verstanden werden, dass die Feststellung für diejenige Person erfolgt ist oder betrieben wird, welche an der Ausschüttung der Masse teilnehmen will.

[1]) Fitting § 38 Anm. 15; v. Völderndorff Bd. 2 S. 379; Stieglitz S. 529 Nr. I. 2; Wengler S. 544. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 285.

[2]) Dies verlangt Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 523, 544; nur für den Fall, dass die Rechtsnachfolge nach der Anmeldung aber vor der Prüfung eingetreten ist, erklärt auch Oetker a. a. O. S. 561 die Anmeldung durch den Rechtsnachfolger als notwendig.

Die Folgen nicht rechtzeitiger Anmeldung bestehen nur darin, dass die Nachzügler das Verfahren in derjenigen Lage, in welcher es sich befindet, anzunehmen und die Kosten des besondern Prüfungstermines, d. h. des ganzen nachträglichen Prüfungsverfahrens einschliesslich der öffentlichen Bekanntmachung, zu tragen haben. Zu diesen Kosten gehören nicht bloss die Gerichtsgebühren (§ 54 G.-K.-G.), die Auslagen des Gerichtes und die Beträge, um welche sich die Vergütung des K.-V. mit Rücksicht auf die besondere Mühewaltung etwa erhöht, sondern auch die Auslagen, welche den im besondern Prüfungstermine erschienenen K.-Gl. durch ihr Erscheinen oder die Vertretung erwachsen. Für die entgegengesetzte Auffassung kann nicht § 56 Z. 2 angerufen werden, der nur von den im Kv. (dem Gemeinschuldner gegenüber) geltend zu machenden Forderungen handelt, während hier eine Verpflichtung zum Schadenersatze in Frage steht. Ebensowenig kann geltend gemacht werden, dass die K.-Gl. freiwillig erscheinen, denn sie haben ein Recht auf die Teilnahme am Termine und müssen sich einfinden, wenn sie nicht auf ihr Widerspruchsrecht verzichten, sondern sich an der Prüfung beteiligen wollen. § 130 Abs. 1 a. E. und Abs. 3 enthält nur eine besondere Anwendung des in § 90 C.-P.-O. aufgestellten Grundsatzes; deshalb müssen hier die im Civilprozesse geltenden Vorschriften herangezogen werden. Nach diesen gehören aber zu den Kosten eines Termines auch die den Parteien erwachsenden Auslagen.[1]) Diejenigen K.-Gl., welche die Anberaumung des besondern Prüfungstermines mitveranlasst haben, insbesondere Rechtsnachfolger, können natürlich Ersatz ihrer Kosten nicht beanspruchen. Dagegen steht ein Ersatzanspruch denjenigen Gläubigern zu, welche zwar im frühern Termine nicht erschienen, deren Forderungen aber dort geprüft worden sind. Deren Erscheinen ist nicht durch ihre eigene Versäumnis, sondern nur durch diejenige der verspätet Anmeldenden notwendig geworden.[2]) Sind im besondern Prüfungstermine die Forderungen mehrerer Gläubiger zu prüfen, so haften sie in entsprechender Anwendung des § 95 C.-P.-O. nach Kopfteilen für die Kosten.[3])

Die Frage, innerhalb welcher Frist der besondere Prüfungstermin anzusetzen ist, lässt die K.-O. offen; § 126 ist hier nicht anwendbar. Doch wird die entsprechende Anwendung des § 459 C.-P.-O. in der Regel zu dem gleichen Ergebnisse führen. Die Frist zwischen dem nach § 68 zu berechnenden Tage der Bekanntmachung und dem Prüfungstermine muss hiernach mindestens drei Tage und, wenn auch nur ein einziger K.-Gl. nicht im Bezirke des Konkursgerichtes wohnt, mindestens eine Woche betragen.[4]) Das Gericht wird sich durch das Interesse der Beteiligten leiten lassen und daher nicht immer sofort für jede einzelne Anmeldung einen Termin bestimmen, vielmehr, wenn nicht eine Verteilung oder andere wichtige Verhandlungen nahe bevorstehen, bis zum Eingang anderer nachträglicher Anmeldungen warten und für diese gemeinsam den besondern Prüfungstermin ansetzen. Im übrigen gelten für die besondern Prüfungstermine, sowohl bezüglich der Bekanntmachung und besondern Ladung als hinsichtlich des Rechtes der Mitwirkung, des Widerspruches und der Versäumnis (§ 131) dieselben Vorschriften wie hinsichtlich des allgemeinen Prüfungstermines. Die Anwendung des die Bekanntmachung der Termine besonders regelnden § 103 hier auszuschliessen, besteht kein Grund.[5]) Die Erör-

[1]) Fitting § 38 Anm. 15; Stieglitz S. 530; v. Völderndorff Bd. 2 S. 377, 378. A. M.: Hullmann S. 273; v. Sarwey S. 673 Nr. 4; Wengler S. 542 Nr. 1; Willenbücher S. 177 Nr. 4; v. Wilmowski S. 367 § 130 Nr. 3; O.-L.-G. Karlsruhe, bad. Annalen Bd. 54 S. 21.

[2]) A. M.: Stieglitz S. 530 Anm. k.; anscheinend auch Fitting a. a. O. und v. Völderndorff Bd. 2 S. 377.

[3]) V. Fitting und Stieglitz a. a. O.

[4]) Meisner S. 298 Anm. 3.

[5]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 282; v. Völderndorff Bd. 2 S. 379; v. Wilmowski § 130 Nr. 1. A. M.: Fitting § 38 Anm. 13 u. 15; v. Sarwey S. 673 Nr. 3; Stieglitz S. 529; Willenbücher S. 177 Nr. 3, welche nicht § 103, sondern § 68 anwenden wollen; ferner v. Völderndorff Bd. 2 S. 378, insofern derselbe im Falle des Abs. 1 nur eine Vertagung annimmt.

terungen im besondern Prüfungstermine haben nur die verspäteten Anmeldungen zum Gegenstande. Einwendungen gegen die bereits festgestellten Forderungen dürfen die nachträglich anmeldenden K.-Gl. ebensowenig wie diejenigen K.-Gl. erheben, welche ihre Forderungen zwar früher angemeldet haben, aber im allgemeinen Prüfungstermine nicht erschienen waren. Die an die Eintragung durch § 133 Abs. 2 geknüpfte Rechtsfolge kann nicht mehr rückgängig gemacht werden (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.).

II. Ergebnis der Prüfung. — Beurkundung. (§§ 132, 133.)

1. Feststellung der Forderungen. Deren materielle Wirkungen.

(§ 132 Abs. 1 und § 133 Abs. 2.)

a. Mit der Feststellung des Ergebnisses durch das Konkursgericht findet die Prüfung ihren Abschluss. Eine Forderung gilt zu dem beanspruchten Betrage und Vorrechte als festgestellt, sofern sie in dem Prüfungstermine unbestritten blieb. Demnach ist eine als Ausfallsforderung angemeldete Forderung im Falle der Feststellung auch nur für den später zu berechnenden Ausfallsbetrag festgestellt.[1]) Soweit gegen Betrag oder Vorrecht vom K.-V. oder einem K.-Gl. Widerspruch erhoben und aufrecht erhalten wird, ist die Forderung bestritten. Ein Widerspruch liegt aber schon dann vor, wenn die Forderung nur unter gewissen Bedingungen oder Voraussetzungen anerkannt wird, welche zur Zeit noch nicht gegeben sind. In solchen Fällen wird der Forderung noch nicht die zur Eintragung erforderliche Anerkennung gewährt, sondern diese erst für die Zukunft in Aussicht gestellt. Wird eine Wechselforderung nur vorbehaltlich des Nachbringens der Wechselurkunde anerkannt, so darf sie nicht festgestellt werden; der gemachte Vorbehalt, der auch eine Verurteilung im Wechselprozesse verhindern würde, hat thatsächlich nicht mehr Bedeutung als die Erklärung, dass die Forderung bis zum Beibringen der Wechselurkunde bestritten werde.[2]) Wird eine Forderung nur bezüglich der Höhe bestritten, so ist sie in Ansehung desjenigen Betrages, der nicht bestritten worden ist, festzustellen. Wird der Widerspruch nach dem Prüfungstermine durch Zurücknahme, Vergleich oder in ähnlicher Weise beseitigt, so wird die Forderung unstreitig und gilt ebenfalls als festgestellt. Andernfalls muss die Feststellung einer streitig gebliebenen Forderung durch Beseitigung des Widerspruchs im Wege des Prozesses erwirkt werden. Der Widerspruch mehrerer Personen verliert nur dadurch seine Kraft, dass alle Widersprechenden ihren Widerspruch aufgeben, oder dass gegen alle die Feststellung erfolgt (Bem. I. 3 zu § 134). Die Zurücknahme kann zum Protokoll des Gerichtsschreibers oder in einer schriftlichen Erklärung erfolgen. Das Protokoll ist ebenso wie eine sonstige schriftliche Erklärung auf Betreiben desjenigen, welcher seinen Widerspruch zurücknimmt, dem Gläubiger der bestrittenen Forderung zuzustellen, weil ihm gegenüber die Willenserklärung abzugeben ist.[3]) Dem letztern kann es dann überlassen werden, die Berichtigung der Tabelle zu betreiben. Ist eine Forderung deshalb nicht festgestellt worden, weil sie nicht Konkursforderung sei (§§ 2, 56), so ist es dem Anmeldenden unbenommen, sie ausserhalb des Kv. geltend zu machen. Der Massegläubiger, der anfangs seine Forderung als Konkursforderung angemeldet hatte, kann sie später als Masseforderung geltend machen.[4])

b. Welche materielle Wirkungen die Feststellung der unstreitig gebliebenen Forderungen hat, wird in § 133 Abs. 2 zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich bestimmt. Die Wirkung trifft unterschiedslos alle K.-Gl., mögen sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, und mögen sie im erstern Falle den Prüfungstermin wahrgenommen oder ver-

1) R.-G. (I.) 14. Dez. 1889, Bolze Bd. 9 Nr. 935.
2) Ldg. Chemnitz 11. März 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 7 S. 318.
3) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 367.
4) Willenbücher S. 180 Nr. 3b.

säumt haben. Die Feststellung wirkt aber nicht nur für, sondern auch gegen den anmeldenden Gläubiger. Deshalb kann, nachdem die Forderung festgestellt worden ist, ein Vorrecht nicht mehr in wirksamer Weise beansprucht werden (Bem. I. 1 zu § 54, Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.).[1]) Unter den „festgestellten Forderungen" können in Abs. 2 nur solche Forderungen verstanden werden, für welche Abs. 1 die Feststellung zur Tabelle vorschreibt. Dieser gebietet aber den Feststellungsvermerk als Beurkundung über das Ergebnis der Prüfungsverhandlung, also für solche Forderungen, gegen welche weder der K.-V. noch ein K.-Gl. Widerspruch erhoben hat; unter Abs. 2 fallen hiernach nicht diejenigen Forderungen, auf welche sich § 134 Abs. 6 bezieht, soweit der K.-V. oder ein K.-Gl. Widerspruch erhoben hat. Das Gegenteil folgt nicht daraus, dass die letzteren Forderungen trotz des Widerspruchs bei den Verteilungen berücksichtigt werden müssen. Die Richtigkeit der obigen Behauptung und die Unmöglichkeit des Gegenteils ergiebt sich klar aus der Betrachtung, dass der widersprechende K.-Gl. seinen Widerspruch gegen die im § 134 Abs. 6 bezeichneten Forderungen verfolgen darf; diese Verfolgung, welche § 134 ausdrücklich zulässt, wäre bedeutungslos, wenn der Inhaber der Forderung mit vollstreckbarem Titel u. s. w. zu der Einrede berechtigt wäre, der § 133 Abs. 2 beziehe sich auch auf seine bestritten gebliebene Forderung, diese sei eine „festgestellte" im Sinne des Abs. 2 und demnach gegenüber allen K.-Gl. wie rechtskräftig festgestellt zu behandeln. Die Berücksichtigung solcher Forderungen bei der Ausschüttung der Masse erfolgt nicht, weil § 133 Abs. 2 auch auf jene zu beziehen ist, sondern obgleich er nicht für derartige Forderungen gilt.[2])

c. Auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirkt, wenn er einer Forderung nicht widersprochen hat, deren Feststellung, und zwar für die Zeit nach der Beendigung des Kv. (§ 152).[3]) In diesem Falle gewährt die Eintragung in die Tabelle im Gebiete des rhein. Rechtes eine Urteilshypothek (Bem. III. zu §§ 178 ff.).[4]) Die K.-E. dagegen begründet für sich allein noch kein Recht auf eine solche Hypothek, weil durch den Eröffnungsbeschluss kein Schuldverhältnis festgestellt wird und Art. 500 C. de comm. aufgehoben ist.[5]) Wenn der K.-V. im Prüfungstermine eine Forderung bestritten hat, dieselbe aber nachträglich anerkennt, so wirkt der Eintrag der Zurücknahme des Widerspruchs auch dann gegenüber dem Gemeinschuldner. Hat der letztere sein Widerspruchsrecht im Prüfungstermin nicht ausgeübt, obgleich ihm Gelegenheit hierzu gegeben worden war, so darf er später nicht geltend machen, dass er angesichts des vom K.-V. erhobenen Widerspruchs keine Veranlassung gehabt habe, selbst zu widersprechen; denn das Widerspruchsrecht des Gemeinschuldners hat selbständige Bedeutung (§ 132). Er wird in dieser Beziehung nicht durch den K.-V. vertreten, wie sich auch daraus ergiebt, dass der Widerspruch des letzteren für die Verteilungen im Kv., der Widerspruch des Gemeinschuldners aber erst für die Zeit nach Beendigung des Kv. wirkt. Die Unterlassung des Widerspruchs schadet dem Gemeinschuldner auch dann, wenn der K.-V. die angemeldete Forderung bestritten hatte, diese aber später infolge eines Urteils oder der Zurücknahme des Widerspruchs eingetragen

[1]) Meisner S. 305 a. E.; v. Sarwey S. 681; Scherer in Bl. f. R.-A. Bd. 53 S. 71 ff.; Stieglitz S. 536; Wengler S. 548 Nr. 4; Willenbücher S. 180; v. Wilmowski S. 372 § 133 Nr. 3; R.-G. (II.) 13. Jan. 1888, (I.) 20. Okt. 1888, Entsch. Bd. 20 S. 412 ff., Puchelts Z. Bd. 19 S. 23 ff., bad. Ann. Bd. 54 S. 86, Jur. Woch. 1888 S. 425; O.-L.-G. Karlsruhe 1. Okt. 1887, bad. Ann. a. a. O.

[2]) A. M. nur Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 270, der hier die nämliche grundlose Behauptung zu dem zweiten Satz in § 133 Abs. 1, wie zu § 152 Abs. 2, §§ 157, 179, 188, 192 Abs. 2 § 197 K.-O. und zu § 116 Abs. 3 Gen.-Ges. aufstellt.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 390—392; Willenbücher S. 180; v. Wilmowski S. 372 § 133 Nr. 3; R.-G. (IV.) 5. Okt. 1882, Gruchot Bd. 27 S. 1128, Jur. Woch. 1882 S. 261; R.-G. (II.) 6 April 1886. Entsch. Bd. 16 S. 32.

[4]) Petersen in Puchelts Z. Bd. 11 S. 544, Bd. 12 S. 414 ff.; Scherer, Rhein. R. Bd. 1 S. 661. A. M.: v. Zöller in Puchelts Z. Bd. 12 S. 135 ff.

[5]) O.-L.-G. Colmar 31. Dez. 1886, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 12 S. 162 ff., bes. 165. A. M.: Scherer, Rhein. R. Bd. 1 S. 658 ff.

wird.[1]) Anders liegt die Sache, wenn die nachträgliche (schriftliche) Anerkennung des K.-V. nicht rechtswirksam ist und die Forderung deshalb nicht in die Tabelle eingetragen wurde. Diese Eintragung muss vorliegen, damit § 152 Abs. 2 oder § 179 zur Anwendung kommen kann.[2]) Endlich wird durch die Eintragung in die Tabelle zwar nicht das Absonderungsrecht, wohl aber die absonderungsberechtigte Forderung, sofern sie zugleich Konkursforderung ist, ihrem ganzen Betrage nach festgestellt (Bem. I. 2 zu § 57 S. 288 Anm. 2 u. 3). Mittelbar kann diese Feststellung sogar Einfluss auf die Befugnis zur abgesonderten Befriedigung haben. War wegen einer angemeldeten Forderung vor der K.-E. ein Arrestbefehl erwirkt worden, so erlangt der Gläubiger nämlich durch die Eintragung in die Tabelle, welche wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, ein Pfändungspfandrecht.[3]) Auf einen gegen den Gemeinschuldner anhängigen und durch die K.-E. unterbrochenen Prozess kann die Feststellung im Prüfungstermin keinen unmittelbaren Einfluss ausüben. Insbesondere bewirkt die Feststellung im Kv. nicht den Eintritt der Rechtskraft eines in erster Instanz gegen den Gemeinschuldner erlassenen, von diesem mit Berufung angefochtenen Urteils. Hatte der Gemeinschuldner im Prüfungstermine widersprochen, so erlangte er damit nur das Recht, den Prozess selbst aufzunehmen (§ 132 Abs. 2); hatte er aber die Konkursforderung anerkannt, so liegt darin noch keine Zurücknahme der Berufung; das Anerkenntnis hat vielmehr für den Prozess nur die Bedeutung, dass der Gläubiger auf Grund desselben die Verwerfung der Berufung mit Erfolg beantragen kann. Übrigens erspart das Anerkenntnis des Gemeinschuldners dem Gläubiger die Aufnahme des Prozesses, weil er nach Beendigung des Kv. die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner auf Grund der Feststellung in der Tabelle betreiben kann (§ 152 Abs. 2).[4])

d. Ein Wiederaufnahmeverfahren gegen die Feststellung findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen einem rechtskräftigen Endurteile gegenüber nach §§ 541 ff. C.-P.-O. die Restitutionsklage zulässig sein würde, insoweit die hiefür gegebenen Voraussetzungen nicht durch die Natur des Kv. von selbst ausgeschlossen sind.[5]) Der Antrag kann nicht darauf gestützt werden, dass es dem Gläubiger unmöglich gewesen sei, bei dem Prüfungstermine zu erscheinen. Nur die Wiederaufnahmeklage gegen ein rechtskräftiges Urteil kommt in Betracht. Von der Wiedereinsetzung (§ 211 C.-P.-O.) ist schon deshalb keine Rede, weil es sich hier nicht um Versäumung einer Notfrist handelt. Es entspricht aber auch nicht dem Geiste des Gesetzes, dass das Ergebnis der Prüfung jedesmal wieder in Frage gestellt wird, wenn ein Gläubiger sein Prüfungsrecht nicht ausüben konnte (Bem. I. 4). Die Zuständigkeit für die Wiederaufnahmeklage ist in diesen Fällen unter entsprechender Anwendung des § 547 Abs. 2 C.-P.-O. zu bestimmen. Die Rechtsähnlichkeit zwischen dem Vollstreckungsbefehle und der Feststellung im Kv. besteht darin, dass die Feststellung in beiden Fällen nicht auf richterlicher Überzeugung, sondern auf der Unterlassung des Widerspruches beruht. Hiernach ist dasjenige Amtsgericht, bei welchem das Kv. schwebt, ausschliesslich zuständig. Durch die Wiederaufnahmeklage kann der Kläger nur erreichen, dass sein Widerspruchsrecht wiederauflebt und infolge dessen der Eintrag in der Tabelle geändert, d. h. die Feststellung beseitigt wird. Im übrigen ist dann § 134 maassgebend. Ob die Forderung des Beklagten begründet ist, oder ob ihm ein Vorrecht zusteht, ist im Wiederaufnahmeverfahren nicht zu erörtern und zu entscheiden. Vielmehr handelt es sich hier nur um die Frage, ob das Verhalten des Klägers im Prüfungstermine durch eine der die Wiederaufnahme des Verfahrens begründenden Thatsachen beeinflusst worden ist. Als solche kommen aber nur in Betracht die in § 542 Z. 4, § 543 Z. 2—4, 6, 7

[1]) A. M. anscheinend R.-G. (I.) 20. Oktober 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 1304.
[2]) R.-G. (I.) 20. Okt. 1888 a. a. O.
[3]) O.-L.-G. Kiel 10. Nov. 1887, Schl.-Holst. Anz. 1888 S. 293.
[4]) R.-G. (II.) 3. April 1891, Entsch. Bd. 27 S. 116 ff.
[5]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 393, welcher jede Wiederaufnahmeklage ausschliesst.

C.-P.-O. vorgesehenen Thatbestände.[1]) Wegen der Unanwendbarkeit des § 542 Z. 1 vgl. Bem. 2 u. 4 zu § 65. Z. 5 dieses § kann schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil der Richter die Eintragung in die Tabelle nicht vornimmt; sie trifft aber auch im übrigen nicht zu. Wenn die Nachholung des Widerspruches durch den Abschluss des Kv. unmöglich gemacht wurde, ist das Wiederaufnahmeverfahren gegenstandslos. Die Feststellung der Forderung steht jedoch sonstigen prozessualen Angriffen, welche abgesehen von dem Wiederaufnahmeverfahren möglich sind, insbesondere der Anfechtung gemäss §§ 22 ff. K.-O., nur insoweit im Wege, als die Rechtskraft reicht. Deshalb schliesst die Anerkennung einer Kontokorrentforderung nicht die Anfechtung eines einzelnen in derselben berücksichtigten Rechtsgeschäftes aus, durch welche die angemeldete Saldoforderung nicht berührt wird, denn die Rechtskraft ergreift nur die Forderung als Ganzes, so wie sie im Urteilssatz zu bezeichnen wäre. Die Höhe der Kontokorrentforderung aber wird durch die Anfechtung eines einzelnen Kreditpostens nicht berührt, weil im Falle der Rückgewähr der vom Kontokorrentgläubiger erhaltenen Beträge die entsprechende Forderung wieder auflebt.[2])

Dem K.-V. wie dem auf Grund der Tabelle verfolgten Gemeinschuldner steht das Recht zu, Einwendungen gegen die festgestellte Forderung, welche nach der Feststellung entstanden sind, gemäss § 686 C.-P.-O., der nach § 65 hier entsprechend anzuwenden ist, auf dem Wege der Klage geltend zu machen. Auf anderem Wege können Einwendungen gegen die Feststellung nicht erhoben werden. Insbesondere kann das Konkursgericht nicht bei Gelegenheit der Verteilungen zur Entscheidung über derartige Einwendungen (gemäss § 146) veranlasst werden. Es hat über das Bestehen von Konkursforderungen überhaupt nicht zu entscheiden. Auch soweit die in § 133 Abs. 2 vorgesehene Wirkung der Eintragung nicht in Frage steht, ist sonach der erwähnte Weg ausgeschlossen (Bem. 1 zu §§ 146 ff.)[3]) Wurde das Kv. über das Vermögen eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes in unrichtiger Weise (Bem. I. zu § 94 S. 358) als einheitliches Verfahren über das Vermögen beider Ehegatten gestaltet, so haben die Feststellungen in der Tabelle allerdings beiden Gemeinschuldnern gegenüber ihre Wirkung. Wenn hiernach feststeht, dass nur eine Gemeinschaftsschuld besteht, kann aber die Ehefrau, sofern sie später die Gütertrennung erwirkt, infolge deren sie für Gemeinschaftsschulden nicht haftet, diesen Einwand auf dem in § 686 C.-P.-O. vorgesehenen Wege geltend machen.[4])

Falls die Voraussetzungen des § 290 C.-P.-O. vorliegen, ist die Tabelle von Amts wegen zu berichtigen.[5]) Gegen den Berichtigungsbeschluss steht jedem Beteiligten sofortige Beschwerde zu, dem Gemeinschuldner jedoch nur, sofern es sich um seinen eigenen Widerspruch handelt. Gegen den Beschluss, welcher die Berichtigung versagt, würde an sich nach § 66 Abs. 3 K.-O. sofortige Beschwerde zulässig sein. Da aber § 290 Abs. 3 C.-P.-O. jede Beschwerde gegen einen solchen Beschluss ausschliesst und nach der einschränkenden Auslegung des § 66 unter „Entscheidungen im Konkursverfahren" nur solche Entscheidungen zu verstehen sind, welche in dem durch die K.-O. unmittelbar geregelten Verfahren erlassen wurden (Bem. III. 3 zu § 66) ist auch, soweit es sich um die Berichtigung der Tabelle handelt, die Beschwerde gegen die Ablehnung der Berichtigung ausgeschlossen. Soweit die Frage, ob einfache oder sofortige Beschwerde stattfindet, nach der C.-P.-O. zu beantworten

[1]) V. Meves S. 151; v. Sarwey S. 681; Stieglitz S. 537; v. Völderndorff Bd. 2 S. 392; Willenbücher S. 180 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 371 § 133 Nr. 3, deren Ansichten bez. der einzelnen Ziff. des § 543 von einander abweichen.

[2]) R.-G. (II.) 13. März 1891, Jur. Woch. S. 251, 252. R.-Anz., bes. Beil. S. 264 ff. V. dag. O.-L.-G. Köln 2. Dez. 1890, rhein. Arch. Bd. 82 I. S. 105.

[3]) R.-G. (III.) 24. Febr. 1888, Entsch. Bd. 21 S. 331 ff., bes. 337 ff.; O.-L.-G. Colmar 11. Okt. 1882 u. 26. Sept. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 160, Bd. 14 S. 126 ff.

[4]) O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 126 ff., bes. S. 130, 131.

[5]) Fitting § 38 Anm. 29; Kohler S. 557; v. Sarwey S. 681, 682; Willenbücher S. 180 Nr. 3c; v. Wilmowski § 133 Nr. 3 a. E.

ist, muss diese letztere auch bezüglich der Frage maassgebend sein, ob überhaupt Beschwerde stattfindet. Aus der entsprechenden Anwendung der C.-P.-O. ist übrigens auch zu folgern, dass, wenn § 290 C.-P.-O. überhaupt zur Anwendung kommt, dessen Abs. 3 gleichfalls Anwendung finden muss.[1]) Gegen die Eintragung selbst findet Beschwerde statt, da sie wegen der ihr zukommenden Bedeutung, insbesondere der ihr durch § 133 Abs. 2 beigelegten Wirkung, eine „Entscheidung" enthält. In der That kann auch Streit darüber entstehen, ob und in welcher Weise nach den abgegebenen Erklärungen die Eintragung zu erfolgen hat und ist es dann Sache des Gerichts, darüber Entscheidung zu treffen. Ebenso ist es möglich, dass eine Erklärung missverstanden und deshalb die Eintragung mit Unrecht vorgenommen oder die Forderung zu hoch bemessen wird. Dagegen muss ein Rechtsmittel zustehen. Auch gegen die Ablehnung der Eintragung ist Beschwerde zulässig, sofern behauptet wird, nach dem Ergebnis der Verhandlung sei die Forderung nicht als bestritten anzusehen (vgl. Bem. V. zu § 134).[2]) Wenn Meinungsverschiedenheit über den Inhalt des beurkundeten thatsächlichen Vorgangs zwischen Richter und Gerichtsschreiber nach Schluss des Prüfungstermines hervortritt, so muss die Verhandlung mit derjenigen Person wiederholt werden, deren Erklärung zweifelhaft ist.[3]) Versagt der Richter die Eintragung, obgleich deren Voraussetzungen vorliegen, so muss Beschwerde zugelassen werden, weil dies der einzige Weg ist, auf welchem der K.-Gl. sein Recht auf Feststellung verfolgen kann.[4]) Unterbleibt die Eintragung infolge eines Versehens, so muss der Konkursrichter selbst von Amts wegen oder auf Antrag die Eintragung vornehmen. Beschwerde ist nur dann erforderlich, wenn die Eintragung ausdrücklich abgelehnt wurde.

2. *Wirkungen der Bestreitung durch den Gemeinschuldner.*

(§ 132 Abs. 2.)

Die Eintragung in die Tabelle äussert, sofern der Gemeinschuldner die Forderung bestritten hat, für die Zeit nach Aufhebung des Kv. keine Wirkung (§ 152 Abs. 2). Die Durchführung eines gegen den Gemeinschuldner anhängigen Prozesses wird durch die Feststellung im Kv. nicht überflüssig. Die Aufnahme eines solchen — durch die K.-E. nach § 218 C.-P.-O. unterbrochenen — Rechtsstreites wird deshalb in § 132 Abs. 2 gestattet. Für diese Befugnis, welche übrigens immer, auch bei Nachweis eines vollstreckbaren Titels, nur dem Gegner des Gemeinschuldners, nicht diesem selbst zusteht,[5]) ist es gleichgültig, ob die Forderung in die Tabelle eingetragen oder zugleich vom K.-V. oder einem K.-Gl. bestritten worden ist. Im letztern Falle kann der dem Gemeinschuldner gegenüber aufgenommene Prozess neben dem auf die Feststellung im Kv. bezüglichen Spezialprozesse weitergeführt werden, der nach § 134 Abs. 3 gleichfalls durch Aufnahme zu verfolgen ist. Der Gemeinschuldner wird dann, soweit es sich um die Masse handelt, vom K.-V. vertreten (Bem. III. 1 zu § 5), während er seine darüber hinausgehenden Interessen selbst wahrzunehmen hat (Bem. I. 3 zu §§ 134 ff.).[6]) Ein besonderes Interesse des K.-Gl., welcher den Prozess gegen den Gemeinschuldner wieder aufnehmen will, wird auch in dem erwähnten Falle nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass dieser Gläubiger den Prozess beendigt

[1]) v. Sarwey S. 682, 692 Nr. 10; Willenbücher S. 180 Nr. 3c. A. M. anscheinend Fitting § 38 Anm. 29.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 390 lit. a. a. E. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 287 ff., 304 ff., der die Entscheidungsnatur anerkennt, die Zulässigkeit von Rechtsmitteln aber leugnet.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 290.

[4]) O.-L.-G. Karlsruhe 3. Okt. 1889, bad. Ann. Bd. 56 S. 113 ff., bes. 118, 119.

[5]) R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. 16 S. 358 ff. und die Kommentare.

[6]) R.-G. (III.) 23. Jan. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 315 ff., bes. S. 317, 318; (II.) 24. Jan. 1888, Bolze Bd. 5 Nr. 1420.

wissen will.[1]) In der Regel wird es sich übrigens empfehlen, den einen Prozess bis zur Entscheidung des andern auszusetzen oder beide zu verbinden. Der Gemeinschuldner kann die Aufnahme des gegen ihn anhängigen Prozesses nicht dadurch erzwingen, dass er den Gläubiger auf dem in § 217 C.-P.-O. vorgesehenen Wege zur Aufnahme nötigt, denn diese Vorschrift bezieht sich nicht auf die Unterbrechung durch die K.-E., bezüglich deren vielmehr § 218 C.-P.-O. auf die K.-O. verweist.[2]) Ein neue Klage kann der Gläubiger, dessen Forderung vom Gemeinschuldner bestritten wird, während des Kv. nur in der Weise erheben, dass er Feststellung des Rechtsverhältnisses (nach § 231 C.-P.-O.) oder Verurteilnng zur Leistung nach Aufhebung des Kv. beantragt. Eine Klage, mittels deren sofortige Befriedigung erzwungen werden soll, ist nach §§ 10 u. 11 nicht gestattet (Bem. III. zu §§ 8 ff., Bem. II. 3 d zu §§ 126 ff.)[3]) Aus § 132 Abs. 2 folgt nicht, dass, wenn zur Zeit ein Prozess gegen den Gemeinschuldner noch nicht anhängig ist, ein solcher nicht während des Kv. anhängig gemacht werden dürfte. Das Interesse ergiebt sich aus der Bestreitung einerseits und aus § 152 Abs. 2 andererseits.[4])

3. *Beurkundung.* (§ 133 Abs. 1.)

Wegen der Bedeutung der Tabelle und zur Verhinderung späterer Fälschungen schreibt § 133 vor, dass die Eintragung durch das Gericht, also unter Mitwirkung des Amtsrichters erfolgt. Zu jeder geprüften Forderung ist zu vermerken, ob und inwieweit, gegebenen Falls auch mit welchem Vorrechte, sie als unstreitig festgestellt oder ob und inwieweit sie streitig geblieben und von wem sie bestritten worden ist.[5]) Wenn die Anmeldung zurückgenommen wurde, ist zu erwähnen, dass und inwieweit dies geschehen. Wird für eine Forderung erst im Termine ein Vorrecht in Anspruch genommen, so ist sie, wenn dieses anerkannt wird, in eine der Vorrechtsabteilungen zu übertragen und dies in der Hauptabteilung unter der Rubrik „Bemerkungen" zu beurkunden, in welche ausser den verneinenden Erklärungen des Gemeinschuldners auch ein Vermerk über das bleibende Stimmrecht gehört. Ausserdem muss, wenn nicht hiefür eine besondere Abteilung vorgesehen ist, in der für das Ergebnis der Prüfungsverhandluug bestimmten Spalte der Inhalt eines etwaigen Berichtigungsbeschlusses oder Wiederaufnahmeurteils nachgetragen werden. Da das Bestehen oder Nichtbestehen von Absonderungsrechten nicht im Prüfungstermine zu erörtern ist (Bem. I. 1 zu §§ 129 ff.), hat die Tabelle nicht darüber Auskunft zu geben, ob ein solches Recht vom K.-V. anerkannt oder bestritten worden ist.[6]) Der Eintrag in die Tabelle kann deshalb auch nur ein in § 54 vorgesehenes Vorrecht, nicht das Recht auf abgesonderte Befriedigung wegen einer Hypothek sichern.[7]) Da die Tabelle einen Bestandteil des Protokolles bildet, ist sie gemäss §§ 148, 149 C.-P.-O. vorzulesen und von dem Richter und Gerichtsschreiber zu unterzeichnen. Es genügt jedoch, dass deren Unterschriften am Schlusse beigefügt werden; dass jede einzelne Eintragung besonders unterzeichnet wird, ist sonach nicht erforderlich. Wenn eine Berichtigung erfolgt, muss jedoch der darauf bezügliche Nachtrag, der durch die Unterschriften unter der Tabelle nicht gedeckt wird, nochmals unterzeichnet werden. Über die Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen. Da die Tabelle als ein Teil des Protokolles anzusehen ist, so hat letzteres ausser den allgemeinen Erfordernissen des § 145 Z. 1—4 und § 146 Abs. 1 C.-P.-O. gewöhnlich nur die Bezeich-

[1]) R.-G. (III.) 23. Jan. 1885 a. a. O.

[2]) R.-G. (VI.) 24. Juni 1886 a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. 2 S. 389.

[3]) R.-G. (II.) 24. Jan. 1888 a. a. O.; (I.) 23. März 1889, Entsch. Bd. 24 S. 405 ff.; O.-L.-G. Frankfurt 5. Okt. 1886, Frankf. Rundschau 1887 S. 189.

[4]) R.-G. (I.) 23. März 1889, Entsch. Bd. 24 S. 405 ff.

[5]) O.-L.-G. Köln 23. März 1881, rhein. Arch. Bd. 72 II. S. 21 ff.

[6]) R.-G. (II.) 10. Okt. 1884, Bolze Bd. 1 Nr. 2179, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 9 S. 538.

[7]) R.-G. (II.) 10. Okt. 1884 a. a. O. und 27. März 1885, Bolze Bd. 1 Nr. 2182.

nung der geprüften Forderungen der Ziffer nach unter Hinweis auf die Tabelle zu enthalten (§ 146 Abs. 1). Insbesondere bedarf es einer Aufzeichnung der Gründe, aus welchen eine Forderung bestritten wurde, nicht. Durch das Protokoll sind dagegen die etwaigen Abänderungen hinsichtlich der Anmeldung des Gläubigers (§ 470 C.-P.-O.) und die gemäss § 87 erfolgenden Entscheidungen des Konkursrichters über ein bleibendes Stimmrecht festzustellen (§ 146 Abs. 2 Z. 5 C.-P.-O.). Einer Feststellung im Protokolle bedarf ferner die etwaige Rückgabe von Urkunden, welche, soweit die Urkunden streitige Forderungen betreffen, immer, in Ansehung unbestrittener Forderungen nur auf Verlangen geschehen muss, jedoch auch in diesem Falle von Amts wegen geschehen kann. Die Vorschrift, dass auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden über unbestrittene Forderungen die Feststellung durch den Gerichtsschreiber (als Ausfertigungsbeamten — daher auch unter dem Gerichtssiegel) zu vermerken ist, hat den Zweck, dem Gläubiger die Verfügung zu erleichtern. Diese Vermerkung soll die Eintragung in die Tabelle nicht ersetzen, sondern erfolgt auf Grund derselben. Sie muss mit dem Inhalte des Protokolles genau übereinstimmen. Deshalb genügt hier auch die Unterschrift des Gerichtsschreibers, von dem der Vermerk ausgeht (§ 133 Abs. 1).

§ 134.

Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben. Zu diesem Behufe hat das Gericht den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle in beglaubigter Form zu erteilen.

Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliesslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen.

Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist.

Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung.

Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen.

Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle zu erwirken.

(E. § 134; M. S. 364—367; K. S. 92, 93 und 173; pr. K.-O. §§ 227—236.)

I. Klage des anmeldenden Gläubigers. (§ 134 Abs. 1 und 2.)

1. Leitender Grundsatz.

Bezüglich der nicht bestrittenen Forderungen ist mit der Eintragung in die Tabelle das Feststellungsverfahren vollständig beendigt. Hinsichtlich der streitig gebliebenen schliesst die Eintragung des Widerspruchs wenigstens das gemeinschaftliche Prüfungsverfahren und damit das weitere Verfahren über den Widerspruch im Konkurse ab. Der Weg für eine prozessualische Entscheidung ist eröffnet. Die prozessualische Austragung aber gehört nicht in das Kv. Wie die meisten neuern Gesetzgebungen, hat sich auch die K.-O. für das System der Spezialprozesse entschieden, welches jedem Gläubiger seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit wahrt. Dies gilt auch bei Bestreitung von Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde bezw. ein Verwaltungsgericht zuständig ist (Abs. 5). Wird aber bezüglich einer solchen Forderung das beanspruchte Vorrecht allein oder neben der Forderung bestritten, so kann für die Feststellung des Vorrechtes nur das ordentliche Gericht zuständig sein, da in Ansehung dieses Vorrechtes das bürgerliche Recht bezw. die K.-O. maassgebend ist.[1]) Unterlässt es der Gläubiger, wegen der bestrittenen Forderung Klage zu erheben, so wird die Forderung bei den Verteilungen nicht berücksichtigt. Er bleibt aber trotzdem K.-Gl., ist sonach den Beschränkungen des § 11 unterworfen und wird durch den Zwangsvergleich (§ 178) betroffen. Eine Frist für Anstellung der Klage hat das Gesetz nicht vorgeschrieben; § 140 veranlasst aber den Gläubiger, die Verfolgung seines Rechtes thunlichst zu beschleunigen. Ist eine Forderung teilweise anerkannt oder der Widerspruch für einen Teil der Forderung zurückgenommen, so kann die Feststellungsklage sich nur auf den bestrittenen Betrag erstrecken. Der Gläubiger kann sich nicht darauf berufen, dass der Gegner die Berichtigung der Tabelle auf Grund der Zurücknahme nicht veranlasst habe, denn diese Berichtigung zu veranlassen, war seine Sache.[2]) Jeder widersprechende K.-Gl. hat nach Abs. 1 seinen Widerspruch auf eigene Kosten zu verfolgen, wenn gegen ihn vom anmeldenden K.-Gl. Klage erhoben oder der anhängige Prozess aufgenommen wird. Dasselbe gilt aber, wenn auf Grund des Abs. 6 der widersprechende Gläubiger selbst das Verfahren einleiten muss. Die Gläubiger dürfen nicht die Gefahr und die Kosten eines solchen Prozesses dadurch auf die Masse und damit auf den Gemeinschuldner abwälzen, dass sie dem K.-V. die Vertretung des von ihnen erhobenen Widerspruches übertragen.[3]) Der anmeldende K.-Gl. muss jeden einzelnen Widerspruch beseitigen, um zur Feststellung zu gelangen; es entstehen also immer so viele Feststellungsprozesse, als Widersprüche erhoben worden sind.

2. Klage auf Feststellung ausserhalb des Konkursverfahrens. (§ 134 Abs. 2.)

Sofern hinsichtlich der bestrittenen Forderung bereits ein Prozess anhängig ist, bedarf es einer besondern Klage nicht. Vielmehr ist die Feststellung durch Aufnahme des Prozesses zu verfolgen (Bem. II. S. 442 ff.). Soweit dies nicht der Fall ist und auch nicht ein vollstreckbarer Titel vorliegt, welcher den Anmeldenden von der Verpflichtung zur

[1]) Fitting § 12 Anm. 24; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 485; v. Sarwey S. 690 Nr. 8; Stieglitz S. 546 Nr. V. 4; Willenbücher S. 182 Nr. 14; bayer. ob. Landesger. 8. Nov. 1881, Samml. Bd. 9 S. 332 ff., bes. S. 334.

[2]) O.-L.-G. Dresden, sächs. Ann. Bd. 8 S. 63 ff.

[3]) Ldg. Metz, 17. Apr. 1888, Puchelts Z. Bd. 19 S. 695.

Klageerhebung befreit, ist es dagegen Sache der Gläubiger, welche die Feststellung ihrer Forderung im Prüfungstermine nicht erlangt haben, im „ordentlichen Verfahren" Klage auf Feststellung zu erheben. Im Wege des Urkunden- und Wechselprozesses kann nicht geklagt werden. Die Anwendung des materiellen Wechselrechtes, insbesondere des Art. 82 W.-O. wird dagegen durch § 134 nicht ausgeschlossen. Jedem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wurde, muss ein beglaubigter, die auf seine Forderung bezüglichen Angaben enthaltender Auszug aus der Tabelle erteilt werden, damit die Übereinstimmung des ergehenden Urteiles mit der Anmeldung gesichert ist. Die Erteilung einer Abschrift der Anmeldung und des Prüfungsprotokolls ist überflüssig. Gegenstand des Widerspruchs und demnach des Feststellungsprozesses kann auch der Anspruch eines K.-Gl. auf Sicherstellung wegen einer bedingten Forderung sein,[1]) gleichviel ob dieser Gläubiger seinen Anspruch auf § 60 K.-O. oder auf das allgemeine bürgerliche Recht stützt. Letzteres ergiebt sich daraus, dass § 60 die Voraussetzungen für den Anspruch auf Sicherstellung nicht geregelt, sondern es dem bürgerlichen Rechte überlassen hat, sie festzusetzen (Bem. 3 zu § 60). Dagegen trifft § 134 nicht zu, wenn der K.-V. wegen einer dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung Klage erhebt, weil dieser Anspruch nicht die Schuldenmasse, sondern die Teilungsmasse betrifft, sonach nicht in das Prüfungsverfahren gehört. Es ist ebenso Sache des K.-V. den Anspruch auf Sicherstellung durch Klage geltend zu machen, wie er bei Geltendmachung der Forderung auf diesen Weg angewiesen ist.

3. *Streitgenossenschaft.* (§ 134 Abs. 2.)

Während es zur Ausschliessung der bestrittenen Forderung vom Kv. genügt, dass der Widerspruch eines einzigen K.-Gl. oder des Verwalters für begründet erklärt wird, kann die Forderung noch nicht als gerichtlich festgestellt gelten, wenn mehrere Personen widersprochen haben, aber nur der Widerspruch eines einzigen widersprechenden Gläubigers oder des K.-V. für unbegründet erklärt worden ist. Vielmehr kann die Feststellung erst dann erfolgen, wenn alle erhobenen Widersprüche beseitigt sind (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff.). Der anmeldende Gläubiger hat deshalb das dringendste Interesse daran, gegen alle Personen, welche Widerspruch erhoben haben, gleichzeitig Klage zu erheben und dadurch zu bewirken, dass in demselben Prozesse und durch das nämliche Urteil über die Forderung und das etwa geltend gemachte Vorrecht entschieden wird. Geschieht dies, so sind die Beklagten Streitgenossen und zwar notwendige Streitgenossen (§§ 59, 434 C.-P.-O.), da das Rechtsverhältnis des Gläubigers für das Kv. nur einheitlich festgestellt werden kann.[2]) Selbstverständlich ist übrigens von einer Streitgenossenschaft nicht die Rede, wenn der Widerspruch mehrerer Gläubiger sich auf verschiedene Punkte bezieht, indem z. B. der eine den Grund oder die Höhe der Forderung, der andere das beanspruchte Vorrecht bestreitet.[3]) Abgesehen hievon kann nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen. Die hiegegen in der Reichstagskommission erhobenen Bedenken wurden mit Recht als unbegründet erklärt. Hagens bemerkte: „Nach den Vorschriften der C.-P.-O. sei zwar nicht ausgeschlossen, dass die Handlung des einen

[1]) v. Sarwey S. 683, 684.

[2]) Endemann S. 533; Fitting § 12 Anm. 17 u. 33; Hachenburg, besondere Streitgenossenschaft S. 124; Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 104; Meisner S. 312; Meves S. 154; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 328; v. Sarwey S. 686; Schultze, Konkursr. S. 104 ff.; Stieglitz S. 540 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 400; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182; v. Wilmowski § 135 Nr. 1c; R.-G. (I.) 29. Sept. 1881, Entsch. Bd. 5 S. 413, 414. A. M.: Hellmann, Lehrb. S. 998; Weismann, Feststellungsklage S. 142 ff. und Hauptinterv. S. 152 Anm. 37; O.-L.-G. Karlsruhe 6. Juni 1889, bad. Ann. Bd. 56 S. 163 ff.

[3]) Oetker a. a. O. nimmt auch in solchen Fällen Streitgenossenschaft an, schliesst aber § 59 C.-P.-O. hier aus. Dagegen behaupten ohne Unterscheidung immer notwendige Streitgenossenschaft: Hachenburg, Kohler und v. Wilmowski a. a. O.

Streitgenossen materiell insofern von Einfluss sei, als sie möglicherweise die Überzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache bestimmen könne. Formell könne aber durch die Widersprüche in den Handlungen und Erklärungen der einzelnen Streitgenossen keine Verwirrung entstehen, die Entscheidung müsse vielmehr stets einheitlich erfolgen. Die C.-P.-O. lasse die Regelung dann einheitlich erfolgen, wenn eine Teilung, nicht möglich sei. Die K.-O. nehme an, dass ein derartiger Fall vorliege, wenn die Forderung eines Liquidanten von einer Mehrheit bestritten werde, denn die Klage gehe auf Feststellung und die Feststellung könne nicht eher und nicht anders erfolgen, als wenn der Widerspruch aller ohne Ausnahme beseitigt sei.“ Hauser hob dann noch zutreffend hervor· Wenn es sich um Erfüllung einer Forderung handle, sei eine verschiedene rechtliche Behandlung der Streitgenossen möglich, nicht aber, wenn die Feststellung einer im Konkurse angemeldeten Forderung in Frage stehe. „Hier verlangten die widersprechenden Gläubiger etwas Weiteres nicht, als dass die Befriedigung des Liquidanten aus der Konkursmasse nicht erfolge. Die Befriedigung oder Nichtbefriedigung im Konkurse könne nur einheitlich durchgeführt werden; es könne die Forderung nicht einzelnen Gläubigern gegenüber zum Zuge kommen, gegenüber einem andern Gläubiger ausfallen. Daher müsse die rechtskräftige Aberkennung einer Forderung allen Gläubigern gegenüber wirksam sein“ (K. S. 94, 95). Ein Antrag von Hullmann, durch welchen ausdrücklich festgestellt werden sollte· dass eine von mehreren bestrittene Forderung nur einheitlich festgestellt werden könne' die Widersprechenden aber zugleich genötigt werden sollten, für die Verfolgung des Widerspruchs einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, wurde zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte, über den ersten Satz des Antrages (die Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung betreffend) könne nach dem Entwurfe und den Mot. eine andere Auffassung nicht Platz greifen; der Antrag könne aber Irrtümer hervorrufen in den Fällen· in welchen der anmeldende Gläubiger nur einige, nicht alle Bestreitenden verklage, oder in welchen nach § 134 Abs. 6 nur von einigen, nicht von allen Widersprechenden der Widerspruch verfolgt werde, was nicht ausgeschlossen sei. „Daraus, dass in dem Falle, in welchem die Feststellung gegen alle Bestreitenden oder von allen Bestreitenden betrieben sei, die Feststellung nur „einheitlich“ erfolgen könne, die Streitgenossenschaft also im Sinne des § 59 C.-P.-O. eine „notwendige“ sei, folge noch keineswegs eine Zwangsstreitgenossenschaft in dem Sinne, dass alle gemeinschaftlich verklagt werden oder klagen müssten; dem einzeln Verklagten stehe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation nicht zu; ebensowenig könne den einzeln Klagenden die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden. Darum sei auch die im Abs. 2 des Antrages Hullmann enthaltene Kuratel zu verwerfen“ (K. S. 173—178, bes. 175). Den Ausführungen von Hagens muss auch nach der letztern Richtung zugestimmt werden. Nach dem Gesetze steht dem Gläubiger, der sich auch mit den Widersprechenden verständigen und sie zur Zurücknahme des Widerspruches veranlassen kann, das Recht zu, die Beseitigung jedes einzelnen Widerspruches in der ihm angemessen erscheinenden Weise zu erstreben. Ebenso steht es im Belieben jedes Widersprechenden, ob und in welcher Weise er seinen Widerspruch verfolgen will. Die Begründung eines einzigen Widerspruches genügt, um die Forderung vom Kv. auszuschliessen; dagegen kann die zur Berichtigung der Tabelle ermächtigende „Feststellung“ erst dann erfolgen, wenn alle Widersprüche beseitigt sind. Mit Rücksicht darauf wird es, wenn nicht alle bestreitenden Gläubiger im Prozesse sind, richtiger sein, nicht die Feststellung anzuordnen sondern den Widerspruch für unbegründet zu erklären.[1]) Wenn die Feststellung allen

[1]) Endemann S. 532, 540; Fitting § 12 Anm. 32 und S. 112 (dag. § 12 Anm. 17); Hellmann, Lehrb. S. 999; Meisner S. 311; Meves S. 154; v. Sarwey S. 686 Nr. II. 5, S. 693; Stieglitz S. 540 Nr. II., S. 547; v. Völderndorff Bd. 2 S. 399, 410; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182 Nr. 5b; v. Wilmowski S. 382 a. E. § 135 Nr. 1b. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 104 ff., der annimmt, die Feststellung gegenüber einem Gläubiger sei allen bestreitenden Gläubigern gegenüber wirksam·

Widersprechenden gegenüber in dem nämlichen Verfahren beantragt wird, wirkt zwar das ergehende Urteil, sofern die Forderung allen Parteien gegenüber festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt wird, allen K.-Gl. gegenüber (§ 135). Trotzdem kann es vorkommen, dass den verschiedenen Widersprüchen eine verschiedene Bedeutung beigelegt, z. B. der eine für begründet erklärt, der andere aber (wegen mangelnder Aktivlegitimation oder wegen Anerkennung des Anspruchs) zurückgewiesen wird. Auch den Gläubigern, welche ihren Widerspruch zurückgezogen haben oder damit zurückgewiesen wurden, kommt es aber zu gut, wenn die endgültige Feststellung nicht erfolgt, z. B. der K.-V. mit der Anfechtung durchdringt. Hat der Gläubiger, dessen Forderung bestritten worden ist, die Klage nicht gegen alle bestreitenden Gläubiger gerichtet, sondern verschiedene Klagen erhoben, oder kommt ausser der erhobenen Klage ein bereits früher anhängiger Prozess in Betracht, den der Gläubiger aufgenommen hat, so können seine Gegner nicht die Einrede der mangelnden Passivlegitimation vorschützen. Sie müssen es sich vielmehr gefallen lassen, dass der Gläubiger zunächst ihren Widerspruch zu beseitigen sucht und die Beseitigung weiterer Widersprüche einem besondern Prozesse vorbehält.[1]) Unterliegt der Gläubiger in diesem Prozesse, so ist seine Forderung für das Kv. überhaupt beseitigt, da es hierzu genügt, dass ein einziger Widerspruch in Kraft bleibt. Dagegen muss der anmeldende Gläubiger, wenn er in einem solchen Prozesse obsiegt, erst noch die übrigen Widersprüche beseitigen, ehe er zur endgültigen Feststellung bezw. Berichtigung der Tabelle gelangen kann. Die eingeleiteten Prozesse können hiernach verschieden ausfallen. Unterliegt aber der anmeldende Gläubiger nur in einem einzigen, so ist er vom Kv. ausgeschlossen (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff.).[2]) Hieraus ergiebt sich, dass es durchaus im Interesse des anmeldenden Gläubigers liegt, gegen alle Widersprechenden gleichzeitig zu klagen, oder doch die Verbindung der verschiedenen Prozesse zu beantragen, während seine Gegner durch ein anderes Verhalten nicht geschädigt werden können. Das Prozessgericht, bei dem alle in Frage stehenden Prozesse (nach Abs. 2 und 3) anhängig sein müssen.[3]) kann übrigens die verschiedenen Prozesse auch von Amts wegen verbinden (§ 138 C.-P.-O.) und dadurch bewirken, dass über alle Widersprüche gleichzeitig entschieden werden kann. Wird ein Gläubiger, welcher neben andern Personen Widerspruch erhoben hat, allein belangt, so können die übrigen K.-Gl., welche ein rechtliches Interesse an der Entscheidung haben, dem Widersprechenden als Nebenintervenienten beitreten (§ 63 C.-P.-O.). Das Interesse des bevorrechtigten Gläubigers an der Nichtzulassung eines ihm nachstehenden Gläubigers (S. 426) kann als ein bloss thatsächliches, ein Interventionsrecht nicht begründen. Dagegen haben die übrigen K.-Gl. ein rechtliches Interesse an der Entscheidung, da die Feststellung zu ihrem Nachteile, die Zurückweisung der Forderung zu ihren Gunsten wirkt (Bem. 1 zu § 135), sonach durch die Entscheidung ihre Rechtsverhältnisse berührt werden.[4]) Ein bereits anhängiger Prozess kann auch gleichzeitig gegen den Gemeinschuldner und den K.-V. oder einen widersprechenden Gläubiger aufgenommen werden (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff. S. 435). In diesem Falle ist der Gemeinschuldner Streitgenosse des widersprechenden K.-V. oder Gläubigers unter den nämlichen Voraussetzungen, wie wenn mehrere bestreitende K.-Gl. nebeneinander auftreten.[5])

[1]) Endemann S. 532; Hellmann, Lehrb. S. 998; Meisner S. 312; Meves S. 154; Schultze, Konkursr. S. 104 ff., bes. 109 ff.; Stieglitz S. 540 Nr. II. 5; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182 Nr. 5; v. Wilmowski S. 381 § 135 Nr. 1 b. A. M.: Fitting § 12 Anm. 17 u. 33; v. Sarwey S. 686; v. Völderndorff Bd. 2 S. 400, 410 Anm. 3.

[2]) O.-L.-G. Karlsruhe 6. Juni 1889 in bad. Ann. Bd. 56 S. 163 ff.

[3]) Baur im württ. Gerichtsbl. Bd. 19 S. 326; v. Sarwey S. 687; Willenbücher S. 182 Nr. 5 b.

[4]) Wengler S. 545, 552. A. M. hinsichtlich der K.-Gl., welche nicht widersprochen haben v. Wilmowski S. 375.

[5]) Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 104; Stieglitz S. 541 Nr. II. 5b, S. 543 Nr. III Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 360.

4. *Zuständigkeit.* (§ 134 Abs. 2.)

Mit dem gemeinschaftlichen „Klassifikationsurteil“ fiel die Notwendigkeit hinweg, sämtliche Spezialprozesse vor das Konkursgericht zu ziehen, was auch nach der Verweisung des Kv. vor den Einzelrichter unthunlich gewesen wäre. Die K.-O. lässt die sogenannte „vis attractiva“ des Kv. nur in beschränkter, jedoch für das praktische Bedürfnis ausreichender, Weise eintreten. Sie verweist die nicht vom Rechtswege vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossenen oder nicht bereits vor der K.-E. rechtshängig gewordenen Sachen vor das für den Ort des Konkurses dem Gegenstande nach zuständige Gericht. Die sachliche Zuständigkeit des Amts- und des Landgerichtes bleibt unberührt. Da der durch Abs. 2 festgesetzte Gerichtsstand ein „ausschliesslicher“ ist, wird ein anderes Gericht auch durch Vereinbarung nicht zuständig, über die Feststellung der Forderung zu entscheiden, und kann auch die Entscheidung eines Schiedsgerichtes nicht genügen, um die Feststellung mit Wirkung für alle K.-Gl. zu bewirken.[1]) Nur insoweit ist Raum für die Bestellung eines Schiedsgerichtes, als der bestreitende K.-V. oder Gläubiger sich verpflichtet, wenn dieses gegen ihn entscheidet, seinen Widerspruch zurückzuziehen. In dem Mot. (S. 365), wurde die Ausschliessung der Zuständigkeit des Handelsgerichtes damit gerechtfertigt, dass die Feststellungsklage gegen den Gemeinschuldner und gegen den bestreitenden K.-V. oder Gläubiger nicht aus deren Geschäften zu erheben, im übrigen auch eine ausnahmsweise Zuständigkeit des Handelsgerichtes nicht zweckmässig sei. Der erste Grund führt dazu, dass die betreffenden Prozesse nicht bei den Kammern für Handelssachen zu verhandeln sind.[2]) Auf die Fälle, in welchen nicht der anmeldende Gläubiger Klage auf Feststellung, sondern der K.-V. oder ein K.-Gl. gegen dessen mit einem vollstreckbaren Titel versehene Forderung Widerspruch erhebt (§ 134 Abs. 6), findet Abs. 2 keine Anwendung (Bem. IV. 2). Ebenso ist die Zuständigkeit der in diesem Absatze erwähnten Gerichte nicht begründet, soweit bezüglich der Entscheidung ein besonderes Gericht (§ 14 G.-V.-G.) bezw. ein Verwaltungsgericht oder eine Verwaltungsbehörde zuständig ist. Sofern sich diese Zuständigkeit nur auf das Bestehen der Forderung, nicht auf dasjenige eines Vorrechtes erstreckt, hat aber hierüber das in Abs. 2 erwähnte Gericht zu erkennen (Bem. I).

II. Aufnahme eines bereits anhängigen Prozesses. (§ 134 Abs. 3 u. 5.)

1) War über die streitige Forderung schon zur Zeit der K.-E. im Inlande ein Rechtsstreit anhängig, so wird dieser durch die K.-E. unterbrochen (§ 218 C.-P.-O.); die Feststellung der Forderung ist deshalb durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen. Der Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, kann in diesem Falle den Prozess nur bei demjenigen Gerichte aufnehmen, bei welchem er rechtshängig ist, nicht etwa statt dessen eine neue Klage erheben. Dieser Satz gilt auch dann, wenn nicht der K.-V., sondern ein anderer Gläubiger Widerspruch erhoben hat, und erleidet auch in denjenigen Fällen keine Ausnahme, in welchen eine Kammmer für Handelssachen mit dem Prozesse befasst ist. Der Rechtsstreit ist vor dieser zu verhandeln, nicht an eine Civilkammer zu verweisen.[3]) Wenn die Klage im Urkundenprozesse erhoben worden war, ist jedoch der Prozess in das ordentliche Verfahren überzuleiten (§ 559 C.-P.-O.), weil im Urkundenprozesse nach §§ 562, 563 C.-P.-O. eine endgültige Entscheidung nicht erfolgen könnte. Als Kläger ist in diesem Falle der widersprechende Gläubiger zu betrachten, welcher die Aufnahme betreibt. Ist das Abstehen vom Urkundenprozesse nicht mehr zulässig, weil die mündliche Verhandlung in erster Instanz zur Zeit des Eintrittes der Unterbrechung schon

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 333 Anm. 2; v. Sarwey S. 688; v. Wilmowski S. 376 Nr. 4. A. M.: Kohler S. 562 u. in Gruchot Bd. 31 S. 524; v. Völderndorff Bd. 2 S. 403.

[2]) Fitting § 12 Anm. 22; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 333 und die Kommentare.

[3]) A. M.: Kohler S. 564; Ott in Grünhut Bd. 17 S. 16 ff.

abgeschlossen war, so ist statt § 134 Abs. 3 der Abs. 2 anzuwenden.[1]) Hatte der Gläubiger der bestrittenen Forderung vor der K.-E. Zahlungsbefehl erwirkt, dessen Zustellung vor der K.-E. erfolgte, so ist gleichfalls § 134 Abs. 3 anwendbar, gleichviel, ob vor der K.-E. Widerspruch erhoben worden war oder nicht, denn zu den Wirkungen der Rechtshängigkeit, welche gemäss § 633 C.-P.-O. mit der Zustellung des Zahlungsbefehls eintreten, gehört auch die Folge des § 134 Abs. 3 K.-O. Der Ausdruck „Rechtsstreit" ist nicht wörtlich zu nehmen, da auch das G.-V.-G. den Ausdruck im weiteren Sinne gebraucht, indem § 13 G.-V.-G. auch das „Mahnverfahren" zweifellos zu den „Rechtsstreitigkeiten" rechnet, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, wie sich auch der Begriff „Streitgegenstand" (§§ 3 ff. C.-P.-O., §§ 8 ff. G.-K.-G.) nicht bloss auf das Streitverfahren bezieht. Wollte man den Begriff „Anhängigkeit eines Rechtsstreites" wörtlich nehmen und in Gegensatz zur „Rechtshängigkeit einer Streitsache" setzen, so müsste man sagen: letztere tritt als Folge der einseitigen gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs ein, während erstere nur dann vorliegt, wenn der Beklagte seinen Streitwillen erklärt hat. Bei dieser Auslegung würde § 134 Abs. 3 nur zutreffen, wenn auf die erhobene Klage vor der K.-E. eine Klagebeantwortung erfolgt ist, nicht aber, wenn vor der Klagebeantwortung K.-E. eintrat, auch nicht dann, wenn die Klage unbeantwortet blieb und der Kläger Versäumnisurteil erwirkt hat; dagegen müsste Anhängigkeit eines Rechtsstreites angenommen werden, wenn der Beklagte die Klage beantwortet hat, aber im Termin Versäumnisurteil über sich ergehen liess, eine Unterscheidung, die jeder inneren Berechtigung entbehrt und deshalb verwerflich ist. Würde man auf die Erhebung des Widerspruchs Gewicht legen, so ergäbe sich ferner ein verschiedenes Verfahren, je nachdem der K.-V. oder ein K.-Gl. die Forderung im Prüfungstermine bestritten hat. Der K.-V. könnte auch nach der K.-E. als Vertreter des Gemeinschuldners Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erheben, der K.-Gl. dagegen nicht. Nach der obigen Ansicht dagegen wird in jedem Falle die Aufnahme betrieben und nachdem durch dieselbe der von der K.-O. gewollte Wechsel der Parteien herbeigeführt ist, steht nun an Stelle des Schuldners der bestreitende K.-V. oder K.-Gl. und hat das Mahnverfahren durch Widerspruch weiterzuführen.[2]) Gehört nun der Anspruch vor die Landgerichte, so muss nachträglich doch noch Klage erhoben werden (§ 637 C.-P.-O.), ergiebt sich also ein höchst schleppendes und unzweckmässiges Verfahren. Die Form der Aufnahme ist Zustellung eines Schriftsatzes (§ 227 C.-P.-O.). Gleichzeitige Aufnahme des Prozesses allen Bestreitenden gegenüber ist nicht unbedingt erforderlich, da der Prozess dem Gemeinschuldner gegenüber anhängig bleibt, sonach die Aufnahme nachgeholt werden kann. Die Passivlegitimation des Gläubigers kann von dem vereinzelt angegriffenen Bestreitenden hier so wenig als im Falle der Klageerhebung bestritten werden. In den erwähnten Fällen hat der Gläubiger den bestreitenden K.-V. sowie die bestreitenden Mitgläubiger an Stelle des Gemeinschuldners laden zu lassen und seine frühern Anträge der durch die K.-E. und die stattgefundene Prüfung veränderten Rechtslage anzupassen; handelt es sich jetzt noch um ein streitig gewordenes Vorrecht, so ist eine Erweiterung des Antrages auch in dieser Richtung zweifellos zulässig (§ 240 C.-P.-O. vgl. auch Bem. II. 3). Abs. 4 gilt auch für diese Fälle (Bem. III). Die bei besonderen Gerichten anhängigen Prozesse fallen unter Abs. 3 (vgl. Abs. 5).[3]) Wurde eine auf Busse gerichtete Forderung z. Z. der K.-E. in einem Strafprozess geltend gemacht, dann

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 344; v. Wilmowski S. 377 § 134 Nr. 5; vgl. noch Stein Fr., Urkunden u. Wechselprozess S. 356, welcher andere Auswege vorschlägt, die jedoch gesetzlich unzulässig sind.

[2]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 344 welcher § 134 Abs. 3 für unanwendbar erklärt, falls nicht vor K.-E. Widerspruch erhoben ist, sowie v. Wilmowski, welcher S. 377 § 134 Nr. 5 sagt: der Widerspruch im Prüfungstermin vertrete den Widerspruch im Mahnverfahren.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 346, 347 behauptet Ausnahmen für die Gemeindegerichts- und Gewerbegerichtsprozesse aus Zweckmässigkeitsgründen, welche de lege ferenda sehr beachtenswert sind, de lege lata aber nichts entscheiden.

aber im Kv. angemeldet und im Prüfungstermin bestritten, so muss der Verletzte die Feststellung durch Erhebung einer Klage gemäss Abs. 2 betreiben, denn das Strafverfahren wird nicht durch die K.-E. unterbrochen, das Strafgericht ist ferner nicht ein besonderes Gericht, der bestreitende K.-V. oder K.-Gl. kann nicht in den Strafprozess hineingezogen werden und das im Strafprozess ergehende Urteil erlangt diesen Personen gegenüber keine Rechtskraft.[1]) Entsprechend ist der Anspruch auf Zahlung einer im Strafprozess verfallenen Kautionssumme (§ 122 St.-P.-O.) zu behandeln; der Staat wird jedoch nicht leicht in diese Lage kommen, da er sich durch Pfandrecht (Hinterlegung) oder Hypothek sichert und somit als Absonderungsberechtigter auftritt.[2]) Wenn der Prozess über die bestrittene Forderung bei einem ausländischen Gerichte anhängig ist, so ist neue Klage gemäss § 134 Abs. 2 notwendig; Abs. 3 trifft aus dem Grunde nicht zu, weil das inländische Recht den Gang eines ausländischen Prozesses nicht beeinflussen kann.[3])

2) Der Verwalter und die widersprechenden Gläubiger sind zur Aufnahme des anhängigen Prozesses ebensowenig befugt, wie sie in andern Fällen gegen den anmeldenden Gläubiger Klage erheben können. Der in § 134 Abs. 1 aufgestellte allgemeine Grundsatz findet auch auf die Fälle des Abs. 3 Anwendung, denn von einem Verfolgen der Feststellung kann nur bei dem anmeldenden Gläubiger die Rede sein.[4]) § 217 C.-P.-O. kommt hier nicht zur Anwendung (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff. S. 436).[5]) Sofern der Prozess gegen den K.-V. aufgenommen wird, handelt dieser als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. III. 1 zu § 5). Das von ihm oder gegen ihn erstrittene Urteil kann aber, da seine Vertretungsbefugnis eine begrenzte ist und er lediglich den Zweck verfolgt, einen nach seiner Meinung Unberechtigten von der Teilnahme am Kv. abzuhalten, nur insoweit Wirkungen äussern, als es sich um das Kv. und um die Masse handelt. Soweit von einem K.-Gl. Widerspruch erhoben worden war, ergiebt sich aus § 134 Abs. 3 eine ganz eigentümliche Gestaltung des Prozesses. Diese bereitet in Ansehung der Konstruktion der Parteiverhältnisse erhebliche Schwierigkeiten, welche auf keinem der vorgeschlagenen Wege vollständig befriedigend gelöst werden können. Es tritt hier (ähnlich wie bei Anwendung des § 13 Anf.-Ges. ein Wechsel in der Rolle des Klägers eintritt) ein neuer Beklagter ein, indem der Prozess gegen eine Person weitergeführt wird, gegen welche die Klage nicht erhoben worden ist. Da der Gemeinschuldner in dem aufgenommenen Prozesse Partei und Gegner des Aufnehmenden ist, liegt es nahe, die bestreitenden Gläubiger als Nebenintervenienten des Gemeinschuldners zu behandeln.[6]) Als solche sind sie aber nicht anzusehen, da sie die Absicht, dem Gemeinschuldner als Nebenintervenienten beizutreten, weder ausgesprochen haben, noch hegen, auch nicht freiwillig zur Unterstützung des Gemeinschuldners, sondern als Hauptparteien in den Prozess eintreten, in welchen sie durch den Gläubiger, dessen Forderung sie bestritten haben, gezogen werden. Die Ansicht, dass die widersprechenden Gläubiger als Nebenintervenienten des Gemeinschuldners anzusehen seien, würde sich jedenfalls nur dann halten lassen, wenn man annehmen könnte, dass § 66 C.-P.-O. zur Anwendung komme, sonach die widersprechenden Gläubiger als Streitgenossen des Gemeinschuldners (als der Hauptpartei) anzusehen seien; denn die dem Nebenintervenienten durch § 64 C.-P.-O. zugewiesene Stellung passt in keiner Weise für die widersprechenden Gläubiger, welche in ihrem Verhalten ganz unabhängig sind und ihren Widerspruch gegen den Willen des Gemeinschuldners und des Verwalters erheben und aufrechthalten können. Aber auch die Voraussetzungen des § 66 liegen hier nicht vor, da die Feststellung der Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner, der ja die Forderung anerkennen kann, dem Widerspruch

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 346.
[2]) Oetker a. a. O.
[3]) Borchardt in Gruchot Bd. 33 S. 626, 627; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 345.
[4]) R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. 16 S. 358 ff.
[5]) V. noch das in der vorigen Anm. angeführte Urt. des R.-G. und Meisner S. 307 Anm. 2.
[6]) So v. Wilmowski S. 377 Nr. 5.

der Gläubiger seine Wirkung nicht entzieht, ja es vorkommen kann, dass sowohl der Gemeinschuldner als der K.-V. die Forderung im Kv. überhaupt nicht bestreiten und sich deshalb an der Weiterführung des Prozesses gar nicht beteiligen. Abgesehen davon kann es vorkommen, dass der K.-V. mit seinem Anspruche auf Grund einer Anfechtung durchdringt, während der Widerspruch der Gläubiger als unbegründet erscheint. Wenn auch die Frage, ob die Forderung („das streitige Rechtsverhältnis") festgestellt und in die Tabelle eingetragen werden soll, nur in einheitlicher Weise entschieden werden kann, so wirkt doch die Entscheidung, durch welche der einzelne Widerspruch für unbegründet erklärt wird, nur der zurückgewiesenen Partei gegenüber. Eine weiterhin mögliche Konstruktion besteht darin, dass man die widersprechenden Gläubiger als Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, welchen kraft Gesetzes die Wahrung von dessen Interessen neben dem K.-V. oder an dessen Stelle obliege.[1]) Aber diese Annahme verträgt sich nicht mit der selbständigen Stellung der widersprechenden Gläubiger, welche (hier wie in den Fällen des Abs. 2) in eigenem Interesse und in eigenem Namen den anmeldenden Gläubiger von den Verteilungen fernhalten wollen und ihren Widerspruch auch dann erheben und festhalten dürfen, wenn der K.-V. und der Gemeinschuldner selbst Widerspruch nicht erheben oder diesen zurücknehmen. Es bleibt hiernach nur die Annahme übrig, dass die widersprechenden Gläubiger als Beklagte in den bereits anhängigen Prozess hineingezogen werden dürfen, in welchem sie neben dem Gemeinschuldner bezw. neben dem K.-V. oder an Stelle des erstern in der Eigenschaft von selbständigen Parteien auftreten.[2]) Für diese Auffassung spricht auch, dass die K.-O. den widersprechenden Gläubigern im allgemeinen die selbständige Stellung eingeräumt hat, welche ihnen hier zugewiesen wird, und dass nicht ohne zwingende Gründe angenommen werden kann, sie sollten, falls ein Rechtsstreit anhängig ist, der sie an sich nichts angeht und von dessen Bestehen sie vielleicht bei Erhebung ihres Widerspruches gar keine Kenntnis hatten, eine durchaus verschiedene Stellung als in denjenigen Fällen einnehmen, in welchen gegen sie gemäss § 134 Abs. 2 eine besondere Klage erhoben wird. Der Umstand, dass bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, hat für die widersprechenden Gläubiger eine wesentlich formale Bedeutung. Sie können sich darin ebenso frei bewegen, wie wenn sie nach § 134 Abs. 2 verklagt worden wären. Aber diese Stellung entspricht auch der Natur der Sache und den übrigen Vorschriften der K.-O.

Für alle Fälle, in welchen Abs. 3 zur Anwendung kommt, gilt der Satz, dass der Widersprechende in den Prozess in der Lage eintreten muss, in welcher dieser sich zur Zeit der Aufnahme befindet, und dass die Aufnahme in der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen hat, wenn der Rechtsstreit in einer solchen schwebt. Dies entspricht zwar an sich nicht der Stellung der Gläubiger, deren Widerspruchsrecht selbständig ist. Der Satz ergiebt sich aber daraus, dass nicht ein neuer Prozess eingeleitet, sondern nur der anhängige Rechtsstreit aufgenommen wird. Der Gegenstand des Prozesses und der Entscheidung bleibt, obgleich nun um die Begründung des Widerspruches gestritten wird, im wesentlichen derselbe. Es ist festzustellen, ob die angemeldete und bestrittene Forderung zu Recht besteht und demnach im Kv. zu berücksichtigen ist.

3) Der Fall, dass der Gläubiger seine Forderung auf einen andern als denjenigen Schuldgrund (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff.) stützt, den er im anhängigen Prozesse geltend gemacht hat, kann nicht vorkommen, weil es sich dann um Anmeldung einer andern (neuen) Forderung handeln, sonach nicht Abs. 3, sondern Abs. 2 Anwendung finden würde. Der Antrag des Gläubigers, der nun Feststellung seiner Forderung (für das Kv.) oder Verwerfung des Widerspruches zu beantragen hat, erfährt dagegen allerdings eine Änderung (Bem. III. 1). Der den Prozess aufnehmende Gläubiger kann, wenn das Bestehen der Forderung bestritten worden ist,

1) So Fitting S. 108, 111 und 113 § 12 Anm. 19, 33 und 37.

2) Schultze, Konkursr. S. 102 ff. A. M. auf Grund der Pfandrechtstheorie: Kohler, Prozess als Rechtsverh. S. 92.

durch Erweiterung der Klage (§ 240 C.-P.-O.) zugleich Feststellung des im Kv. beanspruchten und gleichfalls bestrittenen Vorrechtes beantragen (vgl. S. 443 a. E.). Dagegen ist Abs. 3 nicht anwendbar, wenn lediglich das beanspruchte Vorrecht bestritten wurde, denn in diesem Falle handelt es sich um einen ganz andern Streitgegenstand, als in dem anhängigen Prozesse. Die Voraussetzungen des Abs. 3, der nur für den Fall, dass die Forderung festgestellt werden soll, die Aufnahme des anhängigen Prozesses vorsieht, liegen dann nicht vor.

III. Anträge und Entscheidung bezüglich der Feststellung. (§ 134 Abs. 4 u. 5.)

1) Für die Anträge in dem angestellten oder dem aufgenommenen Spezialprozesse sind im allgemeinen die materiellen Vorschriften der K.-O. maassgebend. Demgemäss kann nicht auf Verurteilung zur Zahlung, sondern nur auf Feststellung der Forderung nach einem bestimmten Betrage mit oder ohne Vorrecht angetragen werden. Ebenso würde eine auf Leistung einer Handlung statt auf das Geldinteresse gerichtete Klage eines K.-Gl. unstatthaft und ein hierauf ergangenes Urteil unausführbar sein. Der zu stellende Antrag ist ein Feststellungsantrag im Sinne des § 231 C.-P.-O.; die Klage erhält hiernach durch diesen Antrag den Charakter einer Feststellungsklage.[1]) Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist hier durch die Thatsache, dass ein Kv. besteht, in Verbindung mit den Vorschriften der K.-O. gegeben, nach welchen nur Feststellung, nicht Leistung verlangt werden kann; jedenfalls wird das Interesse durch diese Vorschriften ersetzt, durch welche die Gläubiger zu einer Feststellungsklage nicht bloss ermächtigt, sondern sogar genötigt werden. Gegenstand der Feststellung ist das bestrittene Forderungsverhältnis, auf welches der Gläubiger seinen Anspruch auf Zulassung zum Kv. stützt, sei es im ganzen, sei es in einer bestimmten Richtung (Unbedingtheit, Verzinslichkeit, Eigenschaft als Konkursforderung oder als bevorrechtigte Forderung u. s. w.). Allerdings wird die Feststellung hier nicht dem Schuldner oder doch nicht lediglich dem Schuldner gegenüber beantragt. Aber abgesehen davon, dass auch § 231 C.-P.-O. nicht voraussetzt, dass die Feststellungsklage einer am Rechtsverhältnisse unmittelbar beteiligten Person gegenüber erhoben werde,[2]) sondern in der Regel nur bei andern Personen das Feststellungsinteresse fehlt, ist hier der Umstand entscheidend, dass es sich bei dem zu stellenden Antrage und dem ergehenden Urteile nach den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 134 (Abs. 1—5) und 135 lediglich um Feststellung handelt, eine Leistung gar nicht verlangt werden darf. Der von Rocholl als „Konkursanspruch" bezeichnete Anspruch auf Teilnahme am Kv. bildet nicht den unmittelbaren Gegenstand des Streites. Es ist vielmehr über ein Rechtsverhältnis zu entscheiden, das die Voraussetzung für diese Teilnahme bildet. Dies ergiebt sich auch aus den Vorschriften über die Zuständigkeit (bes. aus § 134 Abs. 5), die sich nur dadurch erklären, dass in der Hauptsache gerade dasjenige Rechtsverhältnis festgestellt werden soll, auf Grund dessen der Gläubiger auch ausserhalb des Kv. seine Befriedigung fordern kann. Auch aus Abs. 6 kann nicht (wie Rocholl annimmt) ein Grund gegen die hier vertretene Auffassung entnommen werden, denn diese Vorschrift soll nur, soweit bereits eine rechtskräftige Feststellung vorliegt, die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Anfechtung nach den §§ 22 ff. gewähren. Diese Rechtsbehelfe sind aber auch in Ansehung von Feststellungsurteilen zulässig. Ebensowenig kann der Umstand entscheiden, dass der obsiegende Gläubiger

[1]) Kohler S. 561 u. in Krit. V. Bd. 22 S. 383; Leonhard in Buschs Z. Bd. 15 S. 358; Meves S. 153; v. Völderndorff Bd. 2 S. 395 lit. c.; Wendt im Arch. f. c. Pr. Bd. 70 S. 36. A. M.: Hellmann, Lehrb. S. 377 a. E. (dag. S. 998); Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 309 ff., 579 ff.; Rocholl in Buschs Z. Bd. 8 S. 408 ff.; v. Sarwey S. 685 Nr. 4; Wach, Feststellungsanspruch S. 41, 42; v. Wilmowski S. 360 Nr. 1 zu § 127, S. 374 Nr. 3; Weismann, Feststellungsklage S. 142 ff. u. Hauptintervention S. 151 Anm. 34; Struckmann-Koch C.-P.-O. Bem. 2 zu § 231 S. 245; v. Wilmowski u. Levy C.-P.-O. Bem. 6 zu § 231 S. 345; R.-G. (I.) 15. Juni 1889, Entsch. Bd. 24 S. 61.

[2]) Loth. Seuffert, C.-P.-O. S. 283, 284. A. M.: Förster, C.-P.-O. Bd. 1 S. 391; Struckmann-Koch C.-P.-O. § 231 Bem. 3 S. 246.

auf Grund der Feststellung Befriedigung, d. h. Berücksichtigung bei den Verteilungen verlangen kann. Abgesehen davon, dass nicht das Urteil an sich, sondern die Eintragung in die Tabelle, welche auch auf Grund der Anerkennung im Prüfungstermine erfolgen kann, diesen Anspruch verschafft, kann auf Grund des Urteils nicht von dem widersprechenden Gläubiger Befriedigung durch eine von ihm ausgehende Handlung gefordert werden. Dem widerstreitenden Gläubiger gegenüber wird ebensowenig Befriedigung verlangt, wie dies bei dem Streite zwischen mehreren Forderungsprätendenten der Fall ist, bezüglich dessen auch Wach (a. a. O. S. 39) anerkennt, der Anspruch werde nicht als ein „befriedigungsbedürftiger" erhoben. Dass das Feststellungsurteil maassgebend für den Anspruch auf Teilnahme am Kv. ist, entzieht ihm seine Bedeutung hier ebensowenig, wie bei andern Feststellungsklagen, z. B. Statusklagen, bei denen diese (präjudizielle) Bedeutung gleichfalls häufig vorkommt.[1]) Da eine Verurteilung zur Befriedigung des Gläubigers in keinem Falle erfolgt, sondern durch die K.-O. ausgeschlossen ist, könnte die Ansicht, dass es sich um eine Leistungsklage handle, nur dann zutreffen, wenn der Klageantrag und das ergehende Urteil die Fassung erhalten müssten, dass die Beklagten zu verurteilen seien, ihren Widerspruch zurückzunehmen oder die Berichtigung der Tabelle zu dulden. Das ist aber nach der K.-O. nicht der Fall. Vielmehr ist im Urteil lediglich die Forderung festzustellen und ist es Sache des obsiegenden Gläubigers, auf Grund der dahin lautenden für die Teilnahme am Kv. präjudiziellen Entscheidung die Berichtigung der Tabelle durch das Konkursgericht zu veranlassen (Abs. 7). Zu diesem Zwecke muss allerdings das Feststellungsurteil auch die Höhe der Forderung, d. h. den Betrag feststellen, aus welchem der Prozentsatz bei der Verteilung zu berechnen ist. Wurde eine gegen den Erblasser begründete Forderung im Kv. über den Nachlass angemeldet und bestritten, so darf im Urteil nicht die Feststellung unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars erfolgen, sondern es muss zugleich festgestellt werden, auf welchen Betrag sich hiernach die Haftung der Masse beschränkt.[2])

Der erhobene Widerspruch verliert infolge des ergangenen Urteils von selbst seine Kraft;[3]) der obsiegende Gläubiger hat nun dieselbe Stellung, wie diejenigen Gläubiger, deren Forderungen überhaupt nicht bestritten worden sind. Der Antrag des klagenden oder den Prozess aufnehmenden Gläubigers und die Urteilsformel sind nach dem Gesagten nicht auf Verurteilung zur Zurücknahme des Widerspruchs, sondern lediglich darauf, dass dieser für unbegründet erklärt oder die Forderung festgestellt werde, zu richten. Die letztere Form ist dem Urteile dann zu geben, wenn allen Widersprechenden gegenüber in einem Urteile entschieden wird, oder die übrigen Widersprüche bereits beseitigt sind. Dagegen passt die Formel, dass der Widerspruch für unbegründet erklärt wird, besser, wenn nur der Widerspruch eines einzigen Gläubigers in Frage steht, dessen Beseitigung die Feststellung der Forderung bezw. Eintragung in die Tabelle noch nicht zur Folge hat (Bem. I. 3). Ob das Urteil in der einen oder in der andern Weise gefasst wird, ist übrigens nicht von praktischer Bedeutung, da dessen Sinn in beiden Fällen der nämliche ist. In beiden Fällen muss die Tabelle dann aber auch erst dann berichtigt werden, wenn feststeht, dass kein Widerspruch mehr in Kraft ist. Zu demselben Ergebnisse gelangt man auch, wenn entgegen den §§ 134, 135 die Beklagten lediglich zur Zurücknahme des Widerspruches verurteilt werden, also ein Leistungsurteil ergeht, weil dann § 779 C.-P.-O. Anwendung findet. Aber eine solche Urteilsformel entspricht den gesetzlichen Vorschriften nicht. Ist in getrennten Prozessen über die Feststellungsanträge bezw. Widersprüche verhandelt und entschieden worden, was, soweit möglich, durch Anwendung des § 138 C.-P.-O. (Bem. I. 3) zu vermeiden sein wird, und ist die Urteilsformel auf Feststellung der Forderung gerichtet, so ist selbstverständlich diese Feststellung nur in Ansehung der Parteien wirksam. Es kann sonach die Eintragung in die

[1]) V. Wendt a. a. O.

[2]) R.-G. (I.) 15. Juni 1889, Entsch. Bd. 24 S. 60 ff.

[3]) Kohler a. a. O. A. M.: v. Sarwey S. 685 a. E.; Stieglitz S. 540 Nr. II. 5.

Tabelle dessenungeachtet erst erfolgen, wenn auch der von andern Personen erhobene Widerspruch beseitigt ist. Angemessen ist es übrigens, in solchen Fällen ausdrücklich zu sagen, dass die Forderung dem oder den Beklagten gegenüber festgestellt werde. Unterliegt der Kläger einem oder mehreren Beklagten gegenüber, so ist (nach § 135) deren Widerspruch für begründet zu erklären. Es wird aber an der Sache nichts geändert, wenn die Klage dem oder den Beklagten gegenüber „abgewiesen" wird. In dem einen wie in dem andern Falle ist eine Berichtigung der Tabelle ausgeschlossen, wenn auch nur ein Beklagter mit seinem Widerspruche durchdringt (S. 441 u Bem. II. 1 zu § 129 ff. S. 431).

2) Die Feststellung hat sich innerhalb der durch den Prüfungstermin abgesteckten Grenzen der Anmeldung zu halten. Es darf keine Konkursforderung der gerichtlichen Entscheidung unterstellt werden, welche nicht der vorschriftsmässigen Prüfung unterworfen ist. Dies würde aber der Fall sein, wenn in dem Spezialprozesse eine Erweiterung der Forderung nach ihrem Betrage oder Vorrechte, oder auch nur eine Änderung des das Wesen der Forderung bestimmenden Schuldgrundes (Bem. II. 2 zu den §§ 126 ff.) zulässig wäre. Deshalb darf insbesondere derjenige, auf welchen eine Forderung nach der Anmeldung übertragen worden ist, diese erst einklagen, nachdem er seinerseits die Forderung als nunmehr ihm zustehend neuerdings angemeldet und zur Prüfung gebracht hat (S. 429).[1] Noch weniger kann im Laufe des Verfahrens, zumal in der Berufungsinstanz, die Klage auf eine andere Anmeldung als auf diejenige gestützt werden, auf welche sich die Klageschrift bezieht, weil sonst Klageänderung vorliegen würde. In der Berufungsinstanz ist übrigens die Geltendmachung einer neuen Forderung, ganz abgesehen von § 134 K.-O., schon durch § 491 Abs. 2 C.-P.-O. ausgeschlossen.[2] Auch nach der pr. K.-O. wurde angenommen, dass die Übereinstimmung der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung nicht durch Unterschiebung eines andern Klagegrundes in Zweifel gestellt werden dürfe.[3] Hat ein Gläubiger seiner Anmeldung einen unrichtigen Klagegrund unterlegt, so steht ihm nur der Weg einer neuen Anmeldung offen, durch welche er auch etwaige Erweiterungen seiner bestrittenen Forderung nach Betrag und Vorrecht, gemäss § 10 zunächst geltend zu machen hat. Sofern der Grund des erhobenen Anspruches unverändert bleibt, ist es dagegen nach § 240 C.-P.-O. gestattet, das thatsächliche Vorbringen zu ergänzen oder zu berichtigen (Petersen C.-P.-O. Bem. I. zu §§ 240 ff. S. 403 ff.). So darf z. B. die Ehefrau des Gemeinschuldners, welche eine Forderung wegen ihres ursprünglichen Einbringens angemeldet hatte, im Prozesse nachträglich geltend machen, sie habe ihr in einem frühern Kv. vom K.-V. zurückgegebenes Einbringen nach Erledigung dieses Verfahrens dem Ehemann neuerdings übergeben.[4] Ferner kann der Gläubiger, welcher eine Forderung als unbedingte angemeldet hat, im Prozesse geltend machen, sie sei mindestens als eine bedingte zu berücksichtigen.[5] Ebenso liegt die Sache, wenn im Kv. eine Darlehensforderung angemeldet wurde, später aber ausgeführt wird, die Forderung habe ursprünglich auf einem andern Schuldgrunde beruht und sei später in eine Darlehensforderung umgewandelt worden.[6] War ein wechselrechtlicher Anspruch angemeldet worden, so kann sich dagegen der Kläger im Feststellungsprozess nicht mit Erfolg auf Art. 83 W.-O. berufen, weil dieser Bereicherungsanspruch auf die Thatsache der Bereicherung, aber nicht, oder wenigstens nicht ausschliesslich, auf diejenige der Wechselbegebung stützt. Mag auch der Bereicherungsanspruch als ein wechselrechtlicher aufzufassen sein,[7] so ist er doch von dem aus der Wechselurkunde allein abgeleiteten Anspruch, dessen Erlöschen Art. 83 W.-O. voraussetzt, so wesentlich

1) O.-L.-G. Frankfurt 26. März 1888, Frankf. Rundsch. 1889 S. 94.

2) O.-L.-G. Frankfurt a. a. O.

3) R.-O.-H.-G. 27. Apr. 1872, Entsch. Bd. 5 S. 424 ff.

4) R.-G. (VI.) 6. Mai 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 1516.

5) O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1883, bad. Ann. Bd. 50 S. 357, Juristenzeit. Bd. 10 S. 231.

6) R.-G. (II.) 22. Nov. 1883, Entsch. Bd. 10 S. 395; O.-L.-G. Rostock 6. März 1882, Meckl. Z. Bd. 2 S. 112, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 255, 256.

7) R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 5 S. 253, Bd. 6 S. 283, Bd. 10 S. 44, Bd. 13 S. 223.

verschieden, dass die Rechtskraft eines den letztern Anspruch abweisenden Urteils der Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs nicht entgegenstehen würde.[1]) Die im Prüfungstermine vorgebrachten Bestreitungsgründe sind für die Beklagten nicht maassgebend (Bem. I. 2 zu §§ 129 ff. S. 426). Wird dem Kläger gegenüber mit Erfolg geltend gemacht, dass seine Forderung zwar zu Recht bestehe, aber keine Konkursforderung sei (§§ 2, 56 K.-O.), so ist der Widerspruch für begründet zu erklären oder die Feststellungsklage abzuweisen. Derartige Forderungen sind in die Tabelle nicht einzutragen. Im übrigen fehlt aber die Passivlegitimation des K.-V. und der widersprechenden Gläubiger bezüglich der Feststellungsklage. Einem widersprechenden Gläubiger gegenüber kann der Kläger, sofern dessen Forderung noch nicht zur Tabelle festgestellt worden ist, auch geltend machen, dass diesem eine Konkursforderung nicht zustehe.[2]) Der widersprechende Gläubiger muss dann seine Eigenschaft als K.-Gl. nachweisen und kann zu diesem Zwecke nach § 253 C.-P.-O. Widerklage auf Feststellung seiner Forderung erheben. Gelingt ihm der Nachweis seiner Forderungen nicht, so ist ihm gegenüber die Forderung festzustellen oder der Widerspruch für unbegründet zu erklären. Abs. 4 findet sowohl dann Anwendung, wenn ein Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gerichte anhängig gemacht oder aufgenommen wurde, als auch dann, wenn ein besonderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht die Forderung festzustellen hat (Abs. 5). Dagegen gilt Abs. 4, wie sich aus seiner Stellung ergiebt, nicht für diejenigen Fälle, in welchen auf Grund des Abs. 6 Widerspruch erhoben wird (Bem. IV. 2).

IV. Widerspruch gegen Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Titel oder ein Endurteil vorliegt. (§ 134 Abs. 6.)

1) Forderungen, für welche der anmeldende Gläubiger schon vor der K.-E. einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat — der Zeitpunkt, in welchem die Vollstreckungsklausel erteilt ist, kommt nicht in Betracht —, unterliegen dem allgemeinen Prüfungsrechte der Gläubiger sowie dem Anfechtungsrechte. Auch bezüglich ihrer wird ein noch anhängiger Rechtsstreit durch die K.-E. unterbrochen. Ferner müssen sie, wie die übrigen Konkursforderungen angemeldet und geprüft werden und werden durch den Widerspruch des K.-V. oder eines Gläubigers im Sinne des Gesetzes „streitig“. Der Gläubiger ist aber, soweit der Titel reicht,[3]) nicht genötigt, den gegen seine Forderung erhobenen Widerspruch zu beseitigen, damit er zur Verteilung zugelassen werden kann. Vielmehr ist es Sache der Widersprechenden, ihren Widerspruch vor dem zuständigen Gerichte und durch Geltendmachung der ihnen zu Gebote stehenden prozessualischen Mittel zu rechtfertigen. Der vor der K.-E. erlangte vollstreckbare Schuldtitel ist an sich rechtsgültig und auch gegenüber den K.-Gl. wirksam. Ebenso wie Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Titel besteht, sind diejenigen zu behandeln, bezüglich deren ein nicht vollstreckbares (noch nicht rechtskräftiges und nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes) Endurteil vorliegt; denn im Gesetze sind die Endurteile ohne Beschränkung und neben den vollstreckbaren Schuldtiteln erwähnt worden. Wenn sich die Vorschrift bloss auf vollstreckbare Urteile bezöge, wäre eine besondere Erwähnung der Endurteile überflüssig gewesen.[4]) Hierher gehören auch die Versäumnisendurteile selbst dann, wenn zur Zeit der K.-E. bereits Einspruch eingelegt war, denn das Versäumnisurteil wird nicht durch den Einspruch an sich, sondern erst durch ein dasselbe abänderndes Urteil beseitigt (§§ 307, 308 C.-P.-O.).[5]) Dagegen ge-

[1]) A. M.: O.-L.-G. Karlsruhe 24. Juli 1889, bad. Ann. Bd. 56 S. 179.

[2]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 313.

[3]) Hinsichtlich des Vorrechtes, auf den sich der Titel nicht bezieht, gilt daher die Regel des Abs. 2; vgl. Kohler S. 565.

[4]) Endemann S. 536; Fitting § 12 Nr. II. 2; Stieglitz S. 543; Willenbücher S. 183 Nr. 15. A. M.: Meisner S. 308; Wengler S. 554.

[5]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 349, 350.

hören nicht hierher die unter Vorbehalt der Rechte ergangenen Berufungsurteile (§ 502 C.-P.-O.), denn diese erledigen die Instanz nicht und sind deshalb keine Endurteile. Die im Urkundenprozesse ergehenden Vorbehaltsurteile (§ 562) gewähren einen vollstreckbaren Titel (§ 648 Z. 4 C.-P.-O.) und fallen unter Abs. 6[1]). Hat der Verletzte im Strafprozess zur Zeit der Prüfung seiner Busseforderung — die Zeit der K.-E. kommt nicht in Betracht, weil der Strafprozess nicht durch K.-E. unterbrochen wird — ein die Instanz beendigendes, ihm günstiges Urteil erlangt, so muss man ihm die Vergünstigung des Abs. 6 zugestehen; denn der Begriff „Endurteil" darf nicht ausschliesslich auf civilprozessuale Endurteile bezogen werden, weil Abs. 6 auch die Fälle des Abs. 5 treffen soll. Da jedoch der Bestreitende nicht in den Strafprozess durch Rechtsmittel eingreifen kann (§§ 338 ff. St.-P.-O.), muss ihm eine selbständige Klage eingeräumt werden, durch welche er auf dem Wege des ordentlichen Civilprozesses seinen Widerspruch verfolgen kann.[2]) Die den Verfall einer Sicherheit aussprechende Entscheidung (§ 122 Abs. 3 St.-P.-O.) gewährt einen vollstreckbaren Titel und fällt deshalb unter Abs. 6; ob aber deren Rechtskraft durch civilprozessuale Klage gehemmt werden kann, ist sehr fraglich. Ein rechtskräftiges Endurteil ist nur der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage des widersprechenden K.-V. oder K.-Gl., oder, sofern dem Urteile eine anfechtbare Rechtshandlung zu Grunde liegt, der gegen diese gerichteten Anfechtungsklage des K.-V. ausgesetzt. Deshalb wurden die Aufnahme des Rechtsstreites sowie die Einlegung des Einspruches oder Rechtsmittels und die Fortsetzung des Streites zur Hauptsache an Stelle des Gemeinschuldners dem widersprechenden K.-V. oder Gläubiger auferlegt. Das rechtskräftige Strafurteil, welches auf Busse erkennt, kann von dem Bestreitenden nicht mehr erfolgreich angefochten werden, denn Wiederaufnahme kann er nicht erlangen (§§ 405, 338 ff. St.-P.-O.) und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 St.-P.-O.) würde dem Bestreitenden nichts nützen, weil ihm die Rechtsmittel versagt sind.[3]) Dass neben dem Endurteile und der vollstreckbaren Urkunde auch der Vollstreckungsbefehl erwähnt wurde, hat darin seinen Grund, dass die C.-P.-O. (§ 640) diesen einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteile gleichstellt. Auf bedingte Endurteile (§§ 425 ff. C.-P.-O.) findet Abs. 6 keine Anwendung, weil sie weder den Anspruch feststellen, noch jemals Vollstreckbarkeit erlangen können, demnach auch nicht wie andere Endurteile den vollstreckbaren Titeln gleichgestellt werden dürfen.[4]) Ausländische Urteile fallen nicht unter den Begriff „Endurteil" (vgl. §§ 660, 661 C.-P.-O.)[5]).

2) Die Art und Weise, in welcher der Widerspruch zu verfolgen ist, hängt davon ab, welche Angriffsmittel dem Widersprechenden zu Gebote stehen. Der in Frage stehende Schuldtitel ist in derjenigen Weise anzugreifen, welche der C.-P.-O. oder der K.-O. entspricht und so der vollstreckbare Titel, welcher dem Gläubiger zur Seite steht, zu beseitigen. Gelingt dies, so steht damit in der Regel auch fest, dass die Forderung selbst unbegründet ist. Soweit der Widerspruch für begründet gefunden wird, fällt die Konkursforderung hinweg; mit der Beseitigung der erhobenen Widersprüche ist die Forderung für festgestellt zu halten. Der erste Fall liegt insbesondere dann vor, wenn das vom Gläubiger erwirkte Urteil zufolge erhobenen Einspruches oder eines Rechtsmittels aufgehoben und dessen Klage abgewiesen wird oder wenn eine Anfechtungsklage (§§ 22 ff.) Erfolg hat. Es genügt übrigens, wenn der dem anmeldenden Gläubiger zur Seite stehende Schuldtitel beseitigt ist. Wurde das Urteil z. B. zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben, ohne

[1]) Kohler, Prozessrechtl. Forschungen S. 117 Anm. 3; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 350; Stein, Urkunden- u. Wechselproz. S. 357.

[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 350.

[3]) Oetker a. a. O. S. 351.

[4]) R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. 16 S. 358 ff., bes. 361.

[5]) Borchardt in Gruchot Bd. 33 S. 612 ff.

dass sofort in der Sache selbst entschieden wird, oder gelingt es dem Bestreitenden nachzuweisen, dass eine Urkunde mit Unrecht mit der Vollstreckungsklausel versehen wurde u. s. w., so ist der gegen die Forderung erhobene Widerspruch noch nicht gerechtfertigt, obgleich der Vollstreckungstitel beseitigt worden ist. Vielmehr kann der anmeldende Gläubiger seine Forderung immer noch zur Geltung bringen, indem er ein neues Urteil erwirkt. In diesen Fällen hat aber der Widersprechende genug gethan, wenn er den vollstreckbaren Schuldtitel beseitigt hat, und ist der Gläubiger ebenso wie im Falle des Abs. 1 verpflichtet, die Feststellung seiner Forderung zu betreiben.[1]) Solange einer der in Abs. 6 aufgezählten Titel vorliegt, hat der Widersprechende seinen Widerspruch zu verfolgen. Demnach muss die Forderung bei allen Verteilungen berücksichtigt werden, bei welchen es noch nicht gelungen ist, den Schuldtitel zu beseitigen. Ist der letztere aufgehoben, so kann dagegen, auch wenn nicht sofort der Widerspruch für begründet erklärt worden ist, die Forderung vorerst nicht berücksichtigt werden. Vielmehr kann dies erst dann geschehen, wenn dem § 140 genügt worden ist. Der zu stellende Antrag muss hier nach Lage der Sache verschieden lauten. Bei Aufnahme eines noch nicht rechtskräftig geschlossenen Verfahrens ist die Feststellung zu verlangen, dass die geltend gemachte Forderung nicht bestehe, bei Wiederaufnahme durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage die Aufhebung des Urteiles; bei Anfechtungsklagen (§ 22 ff.) ist zu beantragen, dass der vollstreckbare Titel den Gläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären sei. Nimmt ein widersprechender Gläubiger ein anhängiges Verfahren auf, so hat er die nämliche Stellung wie in denjenigen Prozessen, welche vom anmeldenden Gläubiger aufgenommen wurden (Bem. II. 2). Wird der Widerspruch von mehreren Gläubigern gemeinsam verfolgt, so sind sie Streitgenossen im Sinne der §§ 59 oder 57, 58 C.-P.-O. (Bem. I. 3). Den einzeln auftretenden Gläubigern kann aber auch hier nicht die Befugnis zur Verfolgung des Widerspruches bestritten werden.[2]) Dass in den unter Abs. 6 gehörigen Fällen der in Abs. 2 aufgestellte Gerichtsstand nicht Platz greift, vielmehr die allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. über die Zuständigkeit entscheiden, ergiebt sich aus der Stellung des Abs. 6, wie aus der Natur der Sache. Auch wurde dies in den Mot. (S. 367) und in der Reichstagskommission (K. S. 93) anerkannt.[3]) Übrigens hat Abs. 6 auch für die unter Abs. 5 gehörigen Fälle Bedeutung. Auch dort muss der Bestreitende seinen Widerspruch verfolgen, wenn der anmeldende Gläubiger ein Endurteil oder einen vollstreckbaren Titel hat, welchen bei Forderungen des Staates, die auf öffentlichem Rechte beruhen, die den Staat bei Erhebung der Forderung vertretende Behörde, z. B. eine Steuerbehörde sich vielfach selbst erteilen kann (Bem. zu § 2 Anf.-Ges.). Der Umstand, dass dieser Titel von einem besondern Gerichte u. s. w. ausgegangen ist, schliesst die Anwendung des Abs. 6 nicht aus.[4]) § 134 bezieht sich nur auf den Widerspruch, welcher vom K.-V. oder von einzelnen K.-Gl. erhoben worden ist, nicht auf denjenigen des Gemeinschuldners. Letzterer Widerspruch hat für das Kv. selbst, insbesondere für die Teilnahme an den Verteilungen, keine Bedeutung, sondern verhindert bloss, dass die in § 152 Abs. 2 für die Zeit nach Aufhebung des Kv. vorgesehenen Wirkungen eintreten. Mit Rücksicht darauf ist in § 132 Abs. 2 dem Gläubiger, dessen Forderung vom Gemeinschuldner bestritten wird, folgerichtig die Befugnis eingeräumt, den Rechtsstreit diesem gegenüber aufzunehmen. § 134 Abs. 6 gilt aber in Ansehung des Gemeinschuldners ebensowenig als die übrigen Bestimmungen dieses §.[5])

[1]) Fitting § 12 Anm. 29; v. Wilmowski S. 380 Nr. 9. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 353.

[2]) Stieglitz S. 543, 544; Willenbücher S. 184 Nr. 17. A. M.: Fitting § 12 Anm. 32.

[3]) v. Sarwey S. 691; Stieglitz S. 543; v. Völderndorff Bd. 2 S. 409; Wengler S. 551, 555; Willenbücher S. 184 Nr. 18; v. Wilmowski S. 380 Nr. 9.

[4]) v. Sarwey S. 691 a. E.; Stieglitz S. 545; v. Völderndorff Bd. 2 S. 408; v. Wilmowski S. 378, 379 Nr. 8, 380 Nr. 9; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 297, 298.

[5]) A. M.: Meisner S. 309.

V. Berichtigung der Tabelle. (§ 134 Abs. 7.)

Durch Abs. 7 wird die Verantwortlichkeit des K.-V., für den bei Verteilungen nur die Tabelle maassgebend ist, vermindert. Es wird von ihm nicht verlangt, dass er sich um den Ausgang der nur gegen einzelne K.-Gl. geführten Spezialprozesse kümmere. Auch im übrigen gilt der Satz, dass die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen ist, in dessen Interesse sie liegt. Diese Berichtigung ist unter Vorlage der zur Begründung dienenden Urkunden bei dem Gerichte in Antrag zu bringen. Ob dem Antrage sofort oder nach vorgängiger Anhörung der Beteiligten stattzugeben ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Berichtigung dahin, dass der Eintrag „bestritten" in „festgestellt" verwandelt wird, hat nur dann zu erfolgen, wenn allen Widersprechenden gegenüber, sei es in einem einzigen Rechtsstreite, sei es in verschiedenen Prozessen, deren Widerspruch für unbegründet erklärt, die bestrittene Forderung sonach endgültig festgestellt worden ist, oder wenn diejenigen Widersprüche, bezüglich deren ein Urteil nicht erlassen wurde, zurückgenommen worden sind. Sofern auch nur ein einziger Widerspruch noch in Kraft steht, ist die angedeutete Berichtigung der Tabelle zu versagen; es können höchstens bezüglich der übrigen bereits beseitigten Widersprüche einzelne, die Tilgung derselben betreffende Bemerkungen gemacht werden.[1]) Auch dann, wenn eine Beschränkung des Widerspruches stattgefunden hat und ein Teil der vorher ganz bestrittenen Forderung anerkannt worden ist, hat der anmeldende Gläubiger die Berichtigung zu veranlassen. Wird die Zurücknahme von diesem Gläubiger nicht berücksichtigt, sondern die Feststellungsklage auf die ganze Forderung gerichtet, so können ihm wegen der teilweise zurückzuweisenden Klage auch dann Kosten erwachsen, wenn er im übrigen obsiegt (§§ 88 ff. C.-P.-O.). Darüber, ob und in welcher Weise eine Berichtigung stattzufinden hat, muss das Konkursgericht beschliessen. Gegen dessen Entscheidung, welche den Beteiligten mitzuteilen ist (§ 66 Abs. 2), steht sowohl, wenn die Berichtigung angeordnet als wenn sie abgelehnt worden ist, den Beteiligten Beschwerde zu (§ 66 Abs. 3).[2]) Die §§ 290 Abs. 3 und 291 Abs. 3 C.-P.-O. kommen hier nicht zur Anwendung, weil die in § 135 vorgesehene Berichtigung der Tabelle einen ganz andern Charakter hat als die dort in Frage stehenden Berichtigungen. Wird der Antrag auf Berichtigung abgelehnt, so hat der Antragsteller das Recht der Beschwerde. Erfolgt eine Berichtigung, so steht jedenfalls dem K.-V. die Beschwerde zu, ausserdem aber auch den K.-Gl., deren Forderungen festgestellt sind, da sie von der Berichtigung unmittelbar berührt werden.[3]) Den Gemeinschuldner beschwert weder die Berichtigung noch deren Ablehnung (§ 152 Abs. 2). Die Kosten des Berichtigungsverfahrens sind als gerichtliche und zwar als Massekosten anzusehen, weil sie im gemeinschaftlichen Verfahren erwachsen sind (§ 51 Z. 1). Dem obsiegenden Gläubiger können diese Kosten nicht aufgebürdet werden.

§ 135.

Soweit durch ein Urteil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern. War der Prozess nur gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozesskosten aus der Konkursmasse insoweit verlangen, als der letzeren durch das Urteil ein Vorteil erwachsen ist.

(E. § 135; M. S. 368; K. S. 93—95 und 173—178; pr. K.-O. § 237.)

[1]) V. Oetker, Grundbegr. S. 370, der das nämliche, nur mit andern Worten sagt.

[2]) Fitting § 38 Anm. 29; v. Sarwey S. 692; Willenbücher S. 185 Nr. 22; v. Wilmowski S. 380 Nr. 10.

[3]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 372, welcher nur gegen die Ablehnung Beschwerde zulässt.

1) Im Entwurfe lautete der erste Satz des §: „Das Urteil, durch welches eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist, wirkt gegenüber allen Konkursgläubigern." Die jetzige Fassung wurde beschlossen, um den dem § zu Grunde liegenden Gedanken deutlicher hervortreten zu lassen und jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch diejenigen Urteile, durch welche der Widerspruch eines Gläubigers für begründet erklärt wird (Bem. I. 3 und III. 1), allen K.-Gl. zu gut kommen (K. S. 93—95, 173—178). Eine Forderung ist aber nicht schon dann als festgestellt anzusehen, wenn der eine oder andere Widerspruch für unbegründet erklärt wurde, sondern erst dann, wenn alle Widersprüche beseitigt worden sind (Bem. II. 1a zu §§ 129 ff. S. 431). Die Feststellung wirkt allen K.-Gl., insbesondere auch denjenigen gegenüber, welche bei der Erhebung des Widerspruches ihre Forderungen noch nicht angemeldet hatten und deshalb nicht Widerspruch erheben konnten.[1]) Diese Wirkungen des Feststellungsurteils ergeben sich aus der Natur der konkursrechtlichen Verhältnisse. Hat der Kläger allen denjenigen gegenüber gesiegt, welche seine Forderung bestritten haben, so ist damit jeder Widerspruch beseitigt; die Sachlage ist dieselbe geworden, als wäre im Prüfungstermine kein Widerspruch erhoben und die Forderung als unstreitig festgestellt worden. Im umgekehrten Falle scheidet dagegen der Kläger aus dem Kreise der Teilnahmeberechtigten aus, was allen K.-Gl. zu gute kommt.

2) War bei den im Laufe des Prozesses vorgenommenen Verteilungen ein entsprechender Betrag für die streitige Forderung zurückbehalten worden (§§ 140, 155 Z. 1), so verbleibt er in der allgemeinen Teilungsmasse. Nur darf die Masse nicht auf Kosten derjenigen bereichert werden, welche ihr den Vorteil verschafft haben. Den widersprechenden K.-Gl. sind deshalb bis zur Höhe des erlangten Vorteils die aufgewendeten Prozesskosten unbeschadet der etwaigen Ersatzpflicht des besiegten Prozessgegners zu erstatten. Diese Vorschrift trifft auch dann zu, wenn der anmeldende Gläubiger nicht nach Abs. 2 und 3 Klage erheben oder den anhängigen Prozess aufnehmen musste, sondern die widersprechenden Gläubiger ihren Widerspruch nach § 134 Abs. 6 zu verfolgen hatten. Auch in diesem Falle wurde der Prozess von dem anmeldenden K.-Gl. „nur gegen einzelne Gläubiger" geführt. Es besteht aber auch keinerlei Grund zu einer Unterscheidung.[2]) Hatte der K.-V. an der Bestreitung und an dem gewonnenen Prozesse teilgenommen, so liegt eine nützliche Verwendung nicht vor. Deshalb werden auch den als Streitgenossen aufgetretenen K.-Gl. ihre Prozesskosten aus der Masse nicht ersetzt. Die durch die Prozessführung des K.-V. entstandenen Kosten sind natürlich immer als Masseschulden (§ 52 Z. 1) zu behandeln.

§ 136.

Der Wert des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung ist mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungs- zur Schuldenmasse von dem Prozessgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.

(E. § 136; M. S. 368; K. S. 95, 96 und 178.)

1) Zur Erläuterung des § bemerkte Hagens in der Reichstagskommission (K. S. 95, 96): „Der § 136 enthalte eine Ausdehnung der amtsgerichtlichen Kompetenz. Der Gläubiger, welcher eine Forderung von 1000 M. angemeldet habe, werde sich zu fragen haben, wieviel ungefähr im Konkurse liege, welche Dividende zu erwarten stehe. An das ihm hiernach kompetent erscheinende Gericht werde er sich zu wenden und in der Klage auch eine Angabe über die vermutliche Höhe der Dividende zu machen haben. Das angegangene Gericht werde dann seine Zuständigkeit prüfen müssen. Finde das Amtsgericht in dem angeführten

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 412 Nr. II.

[2]) Meisner S. 312 Anm. 3; v. Sarwey S. 693 Nr. 2; Stieglitz S. 548, 549; v. Völderndorff Bd. 2 S. 412, 413; v. Wilmowski S. 383 Nr. 3.

Beispiele, dass mehr als 30 Prozent zu erwarten seien, so würde es sich für unzuständig zu erklären, andernfalls aber den Feststellungsprozess über die 1000 Mark zu entscheiden haben. Sollte im letztern Falle der Gemeinschuldner die Forderung nicht bestritten gehabt haben, so würde die Feststellung der Forderung auch über den Konkurs hinaus in Gemässheit des § 152 dem Gemeinschuldner gegenüber und zwar nach der vollen Höhe von 1000 Mark wirksam sein."

2) Die Vorschrift ist sowohl für die Zuständigkeit der Gerichte und die Ermittelung der Revisionssumme als für die Berechnung der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren maassgebend (§ 9 G.-K.-G.). Insbesondere ist auch die nach § 57 G.-K.-G. für die Beschwerdeinstanz zu erhebende Gebühr nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach § 136 zu berechnen.[1]) Soweit es sich um die Revisionssumme handelt, muss nach § 508 C.-P.-O. glaubhaft gemacht werden, dass auf die streitige Forderung bei den Verteilungen im ganzen ein Betrag von mehr als 1500 Mark entfallen werde.[2]) Wird für die Forderung ein Vorrecht (§ 54) in Anspruch genommen, so ist dieses zu berücksichtigen. Deshalb kann unter Umständen der volle Betrag der Forderung den Wert des Streitgegenstandes bilden. Über das Verhältnis der Teilungsmasse zur Schuldenmasse und die sich daraus ergebende Höhe des voraussichtlich zu verteilenden Betrages kann der K.-V. am zuverlässigsten Aufschluss geben. Seine Erklärungen werden deshalb in der Regel maassgebend sein.[3]) Entscheidend ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Klageerhebung (§ 3 C.-P.-O.). Änderungen, welche nach dieser eingetreten sind, haben deshalb, soweit es sich um Ermittelung des ursprünglichen Streitgegenstandes handelt, keine Bedeutung. Bei Festsetzung der Prozesskosten ist der Wert des Streitgegenstandes, der nach § 230 Abs. 3 C.-P.-O. und § 14 G.-K.-G. in der Klage angegeben werden soll, in Gemässheit der §§ 16 ff. dieses Gesetzes vom Prozessgerichte zu bestimmen. Ist die Festsetzung im Laufe des Verfahrens nach § 16 G.-K.-G. von dem Gerichte der höhern Instanz bezüglich der verschiedenen Instanzen geändert worden, so bleibt diese letztere Festsetzung maassgebend.[4]) Übrigens kann der Wert des Streitgegenstandes, obgleich für die Wertberechnung die Zeit der Klage maassgebend ist, in den einzelnen Instanzen ein verschiedener sein, falls die geltend gemachte Forderung teilweise anerkannt oder herabgesetzt wird oder das eingelegte Rechtsmittel sich nur auf einen Teil der Forderung bezieht. Dreht sich der Streit um ein Absonderungsrecht, so findet § 136 keine Anwendung, da das Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht als ein Vorrecht im Sinne des § 54 anzusehen ist (Bem. I. 1 zu §§ 129 ff. S. 424) und § 136 nur solche Vorrechte im Auge hat. Diese Vorschrift bezieht sich überhaupt nur auf (einfache oder bevorrechtigte) Konkursforderungen und kann deshalb nur dann Anwendung finden, wenn eine solche Forderung, für deren Wert das Verhältnis zwischen Teilungs- und Schuldenmasse maassgebend ist, mit Rücksicht auf ihren Bestand oder Betrag oder wenn das für sie beanspruchte Vorrecht bestritten wird.[5]) In den Fällen des § 134 Abs. 3 hat § 136 keine Bedeutung für die Zuständigkeit des Gerichtes, weil diese von vornherein feststeht (§ 235 Z. 2 C.-P.-O.). Auch in diesem Falle ist er aber, da das Gesetz keinen Unterschied macht, insoweit anzuwenden, als es sich um die Zulässigkeit der Revision und um die Berechnung der Gerichtskosten handelt. Der Grund des Gesetzes trifft auch hier zu.[6]) Wenn nicht die Feststellung der Forderung im Kv. in Frage steht, sondern ein Prozess gegen den Gemeinschuldner selbst anhängig gemacht oder weitergeführt wird, kann § 136 keine Anwendung finden.[7])

[1]) O.-L.-G. Dresden 17. Juni 1886, Ann. Bd. 8 S. 93.

[2]) R.-G. (I.) 26. Mai 1883, Entsch. Bd. 10 S. 67 ff.; bayer. ob. Landesger. 12. April 1887, Samml. Bd. 12 S. 627, Bl. f. R.-A. Bd. 52 S. 238, Puchelts Z. Bd. 18 S. 497 ff.

[3]) O.-L.-G. Karlsruhe 21. Jan. 1885, Buschs Z. Bd. 12 S. 153.

[4]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 417.

[5]) A. M.: O.-L.-G. Colmar 30. Jan. 1884, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 12 S. 175.

[6]) Fitting § 12 Anm. 38; v. Völderndorff Bd. 2 S. 417, 418. A. M. wohl Stieglitz S. 550, der hier anscheinend § 136 überhaupt nicht anwenden will.

[7]) R.-G. (VI.) 17. Nov. 1890, Seuffert Arch. Bd. 46 S. 371.

Fünfter Titel.

Verteilung.

(§§ 137—159.)

Vorbemerkungen.

1) So wünschenswert es ist, dass das Kv. recht oft durch Zwangsvergleich erledigt wird, so kann doch auf das Zustandekommen eines solchen nie mit Sicherheit gerechnet werden. Das regelmässige Ziel des Verfahrens ist sonach die dessen Schluss bildende Verteilung des vorhandenen Vermögens unter die K.-Gl. Bei dieser kommt es vor allem darauf an: „den Gläubigern so bald wie möglich die vorhandene Masse zur Verfügung zu stellen, ihre Verluste durch eine rasche, einfache und wenig kostspielige Verteilung einzuschränken und die Nachteile einer obrigkeitlichen oder gemeinschaftlichen Verwahrung und Verwaltung nicht über das unbedingt notwendige Zeitmaass hinaus zu verlängern“ (M. S. 369). Nach dem gemeinen Rechte gelang es nur in geringem Maasse, sich diesem Ziele zu nähern, weil dort die Bestimmungen des materiellen Rechtes nicht nur zu einem weitläufigen Verifikations- und Klassifikationsverfahren, sondern auch dahin führten, dass vor dessen vollständiger Beendigung nicht zu einer Verteilung geschritten werden konnte. Daneben kam noch in Betracht, dass regelmässig die Versilberung der ganzen Masse abgewartet werden musste, ehe die Verteilung beginnen durfte und dass die dem Gerichte vorbehaltene Verteilung durch einen besondern „Distributionsbescheid“ vorbereitet wurde. In der pr. K.-O. wurde zwar der in den Ländern des rhein. Rechtes schon längst herrschende Grundsatz zur Geltung gebracht, dass mit den Verteilungen nach Ablauf der allgemeinen Anmeldungs- und Prüfungstermine und nach Einsetzung eines bleibenden K.-V. begonnen werden könne, sofern ein hinlänglicher Massebestand vorhanden sei. Die wohlthätigen Folgen dieses Grundsatzes konnten jedoch aus verschiedenen Ursachen nicht vollständig zur Geltung kommen. Insbesondere entsprach das Verteilungsverfahren selbst, das auf Grund eines vom K.-V. zu entwerfenden und zum Zwecke der Prüfung durch die K.-Gl. offen zu legenden Teilungsplanes erfolgte, nicht den an dieses Verfahren zu stellenden Anforderungen. Die K.-O. erstrebt nun eine Verbesserung dadurch, dass an die Stelle des Teilungsplanes ein auf Grund der Tabelle anzufertigendes Verzeichnis der teilnahmeberechtigten Gläubiger und an die Stelle der Summenverteilung eine Verteilung von Anteilen tritt. Statt der verfügbaren Teilungsmasse ist sonach der Gesamtbetrag der teilnahmeberechtigten Forderungen zur bestimmenden Rechnungsgrundlage gemacht worden, derart, dass auf diese Forderungen ein annähernd nach dem Betrage jener Masse zu berechnender fester Prozentsatz angewiesen wird. Nach diesem Systeme der Verteilung bedarf es nicht mehr einer mühsamen rechnerischen Aufstellung. Jeder Gläubiger ist vielmehr in der Lage, mit Leichtigkeit nicht nur seinen eigenen, sondern vermöge der Tabelle und des Verzeichnisses auch den Anteil seiner Mitgläubiger zu ermitteln.

2) Die Verteilung zerfällt in Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen. Die §§ 137—142 enthalten allgemeine, für alle Verteilungen maassgebende Bestimmungen. In den §§ 143—148 wird von den Abschlagsverteilungen gehandelt, während die §§ 149—152 die Schlussverteilung regeln und § 153 die Nachtragsverteilungen betrifft. In den §§ 154—159 folgen sodann wieder allgemeine, für alle Verteilungen geltende Vorschriften, welche den Vollzug der Verteilungen und die Ausschliessung der Massegläubiger regeln.

§ 137.

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines soll, so oft hinreichende bare Masse vorhanden ist, eine Verteilung an die Konkursgläubiger erfolgen.

§ 138.

Zur Vornahme einer Verteilung hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen.

(E. §§ 137, 138; M. S. 372—374; K. S. 100; pr. K.-O. §§ 239, 240.)

1) Durch § 137 wird der Zeitpunkt der Verteilungen bestimmt. Nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines soll, so oft hinreichende Masse vorhanden ist, eine Verteilung an die K.-Gl. erfolgen. Mit Rücksicht auf die in den §§ 140 und 146 enthaltenen Fristbestimmungen kann übrigens eine Abschlagsverteilung erst erfolgen, wenn seit dem Prüfungstermine drei Wochen verstrichen sind.[1]) Nur für den Fall, dass der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, kann das Gericht nach § 148 die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen. Auch eine solche Anordnung wird jedoch durch den Ablauf der Ausschlussfrist ausgeschlossen (Bem. 4 zu § 146 ff.). Grundsätzlich sind hiernach Abschlagsverteilungen nicht bloss zugelassen, sondern vorgeschrieben. Für die mit der Anordnung der Verteilung betrauten Organe wird dadurch eine Verpflichtung begründet, deren Nichtachtung sie unter Umständen zu Schadenersatz verpflichtet. Ein gewisser Spielraum ist ihnen jedoch dadurch gewährt, dass sie zu beurteilen haben, ob die Masse zur Vornahme einer Verteilung hinreicht. Diese Frage ist in jedem einzelnen Falle mit Rücksicht auf das Interesse der K.-Gl. zu beantworten, welchem in der Regel die Verteilung kleiner Teilbeträge mehr entsprechen wird als die längere Aufbewahrung des Massebestandes, soweit nicht dadurch für die Verwaltung und die Empfänger unverhältnismässige Mühe und Kosten verursacht werden. Nur derjenige Bestand darf zur Verteilung verwendet werden, welcher nach Befriedigung oder Sicherstellung der bestehenden Masse-, Rückforderungs- und Absonderungsansprüche übrig bleibt; denn vor Befriedigung dieser Ansprüche giebt es eine Teilungsmasse überhaupt nicht. Die bevorrechtigten K.-Gl. (§ 54) haben keinen Anspruch darauf, vor den übrigen Gläubigern befriedigt zu werden. Aus Billigkeitsgründen gestattet jedoch § 157 dem K.-V., an sie ausserhalb des eigentlichen Verteilungsverfahrens Zahlung zu leisten.

2) Ob eine Verteilung vorzunehmen ist, hat zunächst der K.-V. zu entscheiden, der, wenn ein Gl.-A. besteht, hierzu dessen Genehmigung bedarf, ausserdem aber seine Entscheidung ganz unabhängig zu treffen hat. Den K.-V. zur Vornahme einer Verteilung zu nötigen, liegt nicht in den Befugnissen des Gl.-A. Auch die einzelnen K.-Gl. können nicht gegen ihn Klage auf Vornahme einer Verteilung erheben.[2]) Nach § 137 kann jedoch das Gericht in Ausübung seines Aufsichtsrechtes (§§ 75, 76) gegen pflichtwidrige Verzögerungen einer Verteilung verfügbarer Bestände durch den K.-V. mit Ordnungsstrafen einschreiten. Auch kann sich der Gl-A. an das Gericht wenden, wenn eine solche Pflichtwidrigkeit vorliegt.

Verweigert der Gl.-A. die in § 138 vorgesehene Genehmigung, so kann der K.-V. sowie jeder beteiligte Gläubiger die Entscheidung der Gl.-V. anrufen (Bem. I. 2 zu § 85).[3]) Erteilt diese ihre Genehmigung, so kann das Gericht nach § 91 die Ausführung des Beschlusses untersagen, da die allgemeine, in diesem § aufgestellte Regel durch die besondern Vorschriften des § 148 eine Beschränkung nicht erfahren hat. Auch durch den Beschluss der Gl.-V. und die etwa erfolgte Zurückweisung eines Antrages auf Aussetzung wird aber der K.-V. zur Vornahme einer Verteilung nicht rechtlich verpflichtet.

[1]) v. Sarwey S. 699; v. Völderndorff Bd. 2 S. 422.

[2]) R.-G. (IV.) 27. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 114 Nr. 13.

[3]) Endemann S. 545; Stieglitz S. 555; v. Völderndorff Bd. 2 S. 423; Wengler S. 567. A. M: Fitting § 39 Anm. 7; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 405 Anm. 3; v. Wilmowski S. 387, 388 Nr. 2; teilweise auch Willenbücher S. 186, 187 Nr. 2.

§ 139.

Vor der Vornahme einer Verteilung hat der Verwalter ein Verzeichnis der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und die Summe der Forderungen sowie den zur Verteilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen.

§ 140.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt, haben bis zum Ablaufe einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung dem Verwalter den Nachweis zu führen, dass und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Verteilung nicht berücksichtigt.

§ 141.

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, haben bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichtes oder ihres Ausfalles nach Maasgabe des § 57 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Verteilung nicht berücksichtigt.

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsverteilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter der Nachweis, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des mutmaasslichen Ausfalles glaubhaft gemacht wird.

§ 142.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsverteilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlussverteilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

§ 143.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt worden sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht infolge des Ablaufes einer Ausschlussfrist für eine neue Verteilung zu verwenden ist.

§ 144.

Die Anteile, mit welchen Gläubiger nach Maassgabe des § 141 Abs. 2 oder des § 142 Abs. 1 bei Abschlagsverteilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlussverteilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 oder des § 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.

§ 145.

Binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlussfrist hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Änderungen des Verzeichnisses zu bewirken.

(E. §§ 139—145; M. S. 374—379; K. S. 100—105, 178—183; pr. K.-O. §§ 241—255.)

Abgesonderte Befriedigung S. 462.
Änderungen d. Verzeichn. S. 464, 465.
Aufschiebend bed. Forderung S. 461.
Ausschlussfrist S. 460, 464.
Bekanntmachung S. 458 ff.
Masseansprüche S. 462.
Massegläubiger S. 463, 464.
Nachweise S. 460, 461.
Niederlegung d. Verzeichn. S. 458 ff.
Nichtberücksichtigte K.-Gl. S. 462, 463.
Streitige Forderung S. 460.
Verspätete K.-Gl. S. 463.
Zweck d. Verzeichn. S. 459.

I. Aufstellung und Niederlegung des Verzeichnisses. — Bekanntmachung. (§ 139.)

Ehe eine Verteilung stattfindet, muss der K.-V. ein Verzeichnis derjenigen Forderungen, welche nach seiner Auffassung hierbei berücksichtigt werden sollen, auf der Gerichtsschreiberei niederlegen und unter Angabe des verfügbaren, zur Verteilung bestimmten, Massebestandes die Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt machen. Eine besondere Hinweisung darauf, dass das Verzeichnis zur Einsicht aufliegt, oder eine Belehrung über die Bedeutung der Ausschlussfrist ist nicht notwendig,[1]) eine Verweisung

[1]) v. Sarwey S. 705; v. Völderndorff Bd. 2 S. 430; v. Wilmowski S. 391 Nr. 2 a. E.

auf die §§ 140, 141 aber zweckmässig. Der Zweck der Bekanntmachung besteht vor allem darin, dass ein fester Boden für die Ausführung der Verteilung gewonnen wird. Sie kann aber auch den mit der Anmeldung oder weitern Verfolgung ihrer Rechte säumig gewesenen K.-Gl. Anlass geben, das Versäumte nachzuholen, insbesondere die schleunige Prüfung nachträglich angemeldeter oder die prozessualische Geltendmachung bestrittener Forderungen, sowie die raschere Erledigung anhängig gemachter Streitigkeiten herbeizuführen. Die Angabe der verfügbaren Teilungsmasse und der zur Zeit der Bekanntmachung bereits teilnahmeberechtigten Forderungssumme, nicht die Berücksichtigung weiterer Forderungen, ist geboten.[1]) Diese Angabe ermöglicht jedem K.-Gl. die Prüfung, ob es für ihn rätlich ist, sich noch die Berücksichtigung bei der bevorstehenden Verteilung zu sichern. Durch die Niederlegung des Verzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei erhalten die beteiligten Gläubiger Gelegenheit, sich von ihrer Berücksichtigung zu überzeugen, sowie von dem sonstigen Inhalte des Verzeichnisses Einsicht zu nehmen und eintretenden Falles dessen Berichtigung (§§ 146, 150) zu erwirken. Auch der Gemeinschuldner kann von dem Verzeichnisse Einsicht nehmen und dem K.-V. gegenüber seine Bemerkungen machen, welche diesen unter Umständen zu einer Berichtigung veranlassen können. Die von ihm erhobenen Einwendungen haben aber als solche für das Kv. ebensowenig rechtliche Bedeutung wie der Widerspruch, den er im Prüfungstermine erhebt. Sie können deshalb auch zu einer Entscheidung des Konkursgerichtes keine Veranlassung geben. Das Verzeichnis, welches auf Grundlage der Tabelle errichtet wird und sich im einzelnen an diese anschliessen muss, hat sich natürlich nur auf die Konkursforderungen, nicht auf die Masseforderungen zu erstrecken. Auch sind bestrittene oder bereits bezahlte Forderungen, weil sie bei der Verteilung nicht berücksichtigt werden sollen, ausser Acht zu lassen. Forderungen, auf welche sich die §§ 140, 141 beziehen, dürfen nur unter Vorbehalt der Erfüllung der dort gestellten Bedingungen in das Verzeichnis aufgenommen werden; der K.-V. kann die Eintragung jedoch bis zur Erbringung des erforderlichen Nachweises verschieben. Die vorläufige Aufnahme gewährt zwar eine bessere Übersicht über die möglicherweise zu berücksichtigenden Forderungen. Ein Recht auf Einstellung seiner Forderung in das Verzeichnis steht aber nur demjenigen Gläubiger zu, der zur Zeit der Anfertigung desselben bereits den ihm obliegenden Nachweis erbracht hat.[2]) Das Verzeichnis muss in allen Fällen nur die übersichtliche Zusammenstellung der zu berücksichtigenden Forderungen enthalten, nicht auch darüber Aufschluss geben, ob und inwieweit bereits früher verteilte Prozentsätze nachzuzahlen sind. Ein K.-Gl., dessen Forderung im Verzeichnisse nicht berücksichtigt wurde, verliert sonach seinen Anspruch auf Nachzahlung nicht dadurch, dass er es unterlässt, Einwendungen gegen das Verzeichnis zu erheben (vgl. noch Bem. III. 1).[3]) Bei jeder neuen Verteilung ist auch ein neues Verzeichnis zu errichten.[4]) Durch die wiederholte Benutzung desselben Verzeichnisses unter Nachtrag der nötigen Ergänzungen und Berichtigungen würde die Übersicht erschwert werden. Deshalb sind solche Verweisungen zu vermeiden. Namentlich für die Schlussverteilung ist ein besonderes Schlussverzeichnis (§ 150) notwendig.

II. Forderungen, welche bei der Verteilung zu berücksichtigen sind. (§§ 140—142.)

1) Durch die §§ 140—142 ist für die K.-Gl. die in § 159 für die Massegläubiger entschiedene Frage geregelt, in welchem Zeitpunkte eine Forderung von der Berücksichtigung

[1]) Meves S. 161, 162; v. Sarwey S. 701, 704 Nr. 5; Stieglitz S. 557· v. Wilmowski S. 390 Nr. 2. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 429.

[2]) Für die Eintragung sind: v. Völderndorff Bd. 2 S. 427; Willenbücher S. 187. Dagegen vgl. Fitting § 40 Anm. 4; Meves a. a. O.; v. Sarwey S. 702; Stieglitz S. 556; v. Wilmowski S. 388. 390.

[3]) Ldg. Dresden 22. Nov. 1882, O.-L.-G. Dresden 28. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 417; Tränkner im Arch. f. c. Pr. Bd. 70, S. 161, 162.

[4]) Endemann S. 546; Fitting § 40 Anm. 4; Kohler S. 574 a. E.; Meves S. 161, 162; v. Sarwey S. 703; Stieglitz S. 557 Nr. I. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 426.

bei den einzelnen Verteilungen ausgeschlossen wird. Das Gesetz stellt eine Frist von zwei Wochen auf für alle Gläubiger, welche für ihre zur Berücksichtigung bei der bevorstehenden Verteilung noch nicht geeigneten Forderungen die Berechtigung zur Teilnahme erlangen wollen. Nach Ablauf dieser „Ausschlussfrist“ soll sich mit Sicherheit übersehen lassen, wer von den K.-Gl. und zu welchem Betrage jeder derselben teilnahmeberechtigt ist. Die Ausschlussfrist ist eine gesetzliche und prozessuale Frist, deren Beginn nach § 68 K.-O., deren Ablauf nach § 200 C.-P.-O. berechnet wird. Gegen deren Versäumung findet, da sie als Notfrist im Gesetze nicht bezeichnet ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt (§§ 201, 211 C.-P.-O.). Ihr Lauf wird übrigens durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen, weil diese auf das Kv. keinen Einfluss haben (§ 204 G.-V.-G.). Eine Verlängerung oder Verkürzung der Ausschlussfrist durch Gerichtsbeschluss ist nach § 202 Abs. 2 der C.-P.-O. ausgeschlossen, da es sich um eine gesetzliche Frist handelt und eine besondere Bestimmung nicht besteht. Sie kann aber auch nicht durch Parteivereinbarung erfolgen, weil es Parteien im Sinne der C.-P.-O. im Kv. nicht giebt.

2) Durch § 140 werden die Anforderungen bezeichnet, welchen jeder Konkursgläubiger innerhalb der Ausschlussfrist genügt haben muss, um bei der angekündigten Verteilung (durch Auszahlung oder Zurückhalten der auf ihn treffenden Teilbeträge) Berücksichtigung verlangen zu können. Ein derartiger Anspruch besteht zunächst für solche Forderungen, welche im Prüfungstermine oder durch Urteil festgestellt wurden, sowie für solche, welche zwar bestritten geblieben sind, für welche aber ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt (§ 134 Abs. 6). Ausserdem sind diejenigen geprüften Forderungen zu berücksichtigen, bezüglich deren rechtzeitig nachgewiesen wird, dass sie durch Erhebung der Feststellungsklage oder Aufnahme des bereits vor der K.-E. anhängigen Prozesses verfolgt worden sind (§ 134 Abs. 1—3). Von der angekündigten Verteilung werden hiernach unbedingt ausgeschlossen diejenigen Forderungen, welche in dem allgemeinen Prüfungstermine nicht geprüft worden sind und für welche auch eine nachträgliche Prüfung innerhalb der Ausschlussfrist nicht stattgefunden hat. Eine Ausnahme besteht in dieser Beziehung auch für solche Forderungen nicht, für welche ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Der Wortlaut des § 140 kann zwar diese Frage als zweifelhaft erscheinen lassen. Aber dieser § bezieht sich überhaupt nur auf geprüfte Forderungen. Bezüglich anderer Forderungen liegt die Möglichkeit einer Feststellung gar nicht vor.[1] Soweit nach der Bekanntmachung einer bevorstehenden Verteilung die bis dahin noch nicht geschehene Prüfung nachträglich angemeldeter Forderungen auf Grund der K.-O. überhaupt noch erfolgen kann (§§ 68, 90, 130), wird übrigens kein Gericht dem desfallsigen Antrage eines K.-Gl. Hindernisse in den Weg legen. Weiter sind ausgeschlossen die zwar geprüften, aber bei der Prüfung streitig gebliebenen Forderungen, hinsichtlich deren der zur Feststellung erforderliche Rechtsstreit nicht eingeleitet oder aufgenommen worden ist. Bezüglich der streitig gebliebenen Forderungen ist der Umstand von Bedeutung, ob dem K.-Gl. die Betreibung der Feststellung obliegt (§ 134 Abs. 1—3), oder ob der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat (§ 134 Abs. 6). In dem letztern Falle muss die Berücksichtigung der Forderung stattfinden, bis der Widersprechende mit dem Widerspruche durchgedrungen ist. Solange er die Verfolgung unterlässt, steht die Forderung hinsichtlich der Verteilungen einer festgestellten Forderung gleich. Verfolgt er den Widerspruch durch Erhebung der Klage oder durch Aufnahme des bereits zur Zeit der K.-E. anhängigen Verfahrens oder in sonst geeigneter Weise, so wird die Berücksichtigung der Forderung hiedurch nicht ausgeschlossen, sondern nur eine Zurückbehaltung der bei den Verteilungen auf sie fallenden Beträge erforderlich. Dagegen kann, wenn der K.-Gl. die Feststellung der streitig gebliebenen Forderung zu betreiben hat, für diese eine Berücksichtigung nicht be-

[1]) Endemann S. 547; Fitting S. 317 § 40 Nr. II und die Kommentare. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 434.

ansprucht werden, sofern der Gläubiger nicht das Seinige gethan hat, um die Feststellung zu erwirken.

Der Nachweis muss „dem Verwalter“ innerhalb der Ausschlussfrist erbracht werden. Dass er bei dem Gerichte eingereicht wurde, kann deshalb nicht genügen, wenn nicht das Konkursgericht den Nachweis innerhalb der Frist dem K.-V. übermittelt hat.[1]) Die Erbringung des Nachweises erfolgt durch Vorlage der Urkunde über die Zustellung der Klageschrift bezw. (in den Fällen des § 134 Abs. 2) der Urkunde über die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen der Rechtsstreit wieder aufgenommen worden ist. Da der Gläubiger nicht die Feststellung selbst, sondern nur seine Bemühungen zu deren Herbeiführung und die Einleitung einer Klage nachzuweisen hat, welche bewirkt, dass die Forderung „im Prozess befangen ist“ (§ 155 Z. 1), kann von ihm nicht der Nachweis verlangt werden, dass er allen Widersprechenden gegenüber Klage erhoben habe. Vielmehr muss es genügen, dass überhaupt Klage erhoben wurde. Die Eintragung in die Tabelle setzt allerdings voraus, dass die Forderung allen Widersprechenden gegenüber festgestellt worden sei (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff., Bem. V. zu § 134). Aber das ist hier nicht entscheidend. Zudem kann der K.-Gl. besondere Gründe haben, gegen einzelne Widersprechende, z. B. gegen solche Gläubiger, mit denen er aussergerichtlich über die Zurücknahme des Widerspruches verhandelt, zunächst keine Klage zu erheben. Daraus, dass er überhaupt Klage erhoben hat, ergiebt sich immerhin, dass er die Feststellung betreibt, und mehr braucht er nach § 140 nicht nachzuweisen.[2])

Wird der Nachweis erbracht, so wird die Forderung bei der Verteilung berücksichtigt, der auf den Gläubiger treffende Betrag aber bis zur endgültigen Entscheidung über die Feststellungsklage zurückgehalten (§ 155). Andernfalls wird die Forderung bei der demnächstigen Verteilung nicht berücksichtigt. Nach § 143 kann aber die entgangene Dividende nachträglich verlangt werden, soweit die Masse hierzu ausreicht (Bem. III. 1). Wenn der K.-V. selbst am Prozess beteiligt ist, also von der Klage oder Aufnahme dadurch Kenntnis hat, ist besonderer Nachweis nicht erforderlich. Wenn mehrere Personen die nämliche Forderung angemeldet haben und sich gegenseitig die Gläubigereigenschaft streitig machen, so wird der entsprechende Forderungsbetrag zwar nur einfach zurückbehalten, aber „zugunsten aller Personen, welche die Forderung für sich in Anspruch nehmen.[3])

3) Die Vorschriften der §§ 141 und 142 hinsichtlich der eine abgesonderte Befriedigung beanspruchenden K.-Gl. und der aufschiebend bedingten Forderungen beruhen auf den §§ 57, 60 (vgl. Bem. I. 2 zu § 57 S. 287, 288, Bem. 2 zu § 60). Der Nachweis des Eintrittes der Bedingung muss gleichfalls dem K.-V. gegenüber geführt werden. Hält ein K.-Gl. den Nachweis nicht für genügend, so kann er seine Einwendungen gemäss §§ 146, 150 geltend machen. Ist die Forderung, für welche das Absonderungsrecht in Anspruch genommen wird, streitig geblieben, so kommt neben § 141 zugleich § 140 zur Anwendung. Ebenso können neben § 142 die §§ 140, 141 Anwendung finden, wenn die bedingte Forderung bei der Prüfung streitig geblieben ist, oder darauf ein Absonderungsanspruch gestützt wird. Hinsichtlich der aufschiebend bedingten Forderung findet, solange der Eintritt der Bedingung nicht nachgewiesen ist, stets eine Zurückhaltung des Betrages statt (§ 155 Z. 2). Die Forderung des Absonderungsberechtigten wird, sofern der Verzicht auf den Absonderungsanspruch oder der wirkliche Ausfall innerhalb der Ausschlussfrist (Bem. II. 1) nachgewiesen wird, wie eine andere festgestellte Konkursforderung berücksichtigt. Auch der Nachweis des Verzichtes ist dem K.-V., nicht dem Gerichte zu liefern.[4]) Zurückhaltung des Betrages findet nicht statt, wenn dieser Nachweis nicht geliefert, aber

[1]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 2 S. 435 Anm. 10.

[2]) A. M. nur Hullmann S. 290 Nr. 5 u. Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 512.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 546 ff., 560.

[4]) Endemann S. 551 und die Kommentare.

nachgewiesen worden ist, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben wurde, und wenn zugleich der Betrag des mutmaasslichen Ausfalles glaubhaft gemacht worden ist (§§ 141 und 155 Z. 3). Bei abgesonderter Befriedigung aus dem Erlöse von unbeweglichen Sachen werden die auf die Zwangsvollstreckung bezüglichen Urkunden regelmässig den erforderlichen Nachweis liefern. Behauptet der Absonderungsberechtigte, er sei nicht in dem Maasse, welches diese Akten ergeben, befriedigt worden, so muss er diesen Nachweis gleichfalls innerhalb der Ausschlussfrist beibringen. Dessen Nachbringung innerhalb der für andere Zwecke bestimmten Frist des § 146 ist unwirksam.[1]) Unerheblich ist, ob der Gläubiger selbst die Veräusserung betreibt, oder der K.-V. gemäss §§ 116, 117 vorgeht; letztern Falls ist ein besonderer Nachweis nicht erforderlich.[2]) In den Fällen, in welchen der Absonderungsberechtigte sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren befriedigen darf, genügt der Nachweis, dass er solche Handlungen vorgenommen hat, welche die Herbeiführung der Veräusserung zum Gegenstande haben, z. B. dass er Auftrag gegeben hat, die Sache zu verkaufen. Der Umstand, dass dem Absonderungsberechtigten gemäss § 117 Abs. 2 eine Frist gesetzt wurde, innerhalb deren er den Gegenstand zu verwerten hat, kann aber nicht hinreichen. Eine Betreibungshandlung des Gläubigers liegt in diesem Falle nicht vor, da nicht dieser, sondern der K.-V. Antragsteller ist. Dessen Antrag beweist gerade, dass der Gläubiger die Verwertung noch nicht vorgenommen hat. Dass dieser vielleicht die Zwangsvollstreckung später betreiben will, genügt nicht.[3]) Hat der Absonderungsberechtigte innerhalb der für die Schlussverteilung laufenden Ausschlussfrist die Verwertung des Gegenstandes der Absonderung nicht bewirkt und den für ihn erwachsenden Ausfall nicht nachgewiesen, so kann er für diesen aus der Masse keine Befriedigung erhalten (K. S. 100—104, 178—183).

III. Nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses oder der erfolgten Berücksichtigung. Endgültige Feststellung des Verzeichnisses. (§§ 143—145.)

1) In der K.-O. ist die förmliche und endgültige Ausschliessung durch eine nur thatsächliche und beschränkte ersetzt worden, wie sie notwendig ist, damit die Abwickelung des Kv. in festen Bahnen fortschreiten kann. Die Versäumung der Ausschlussfrist wirkt nämlich nach § 143 nur für die einzelne Abschlagszahlung. Auf die weitern Verteilungen erstreckt sie ihre Wirkungen nicht. Vielmehr kann der von der frühern Verteilung ausgeschlossene Gläubiger hier seinen Anspruch in vollem Umfange geltend machen. Nur wenn er die spätere Ausschlussfrist abermals versäumt, wird er auch hier ausgeschlossen. Die Ausschliessung der nicht rechtzeitig und vorschriftsmässig geltend gemachten Masseansprüche bezieht sich nach § 159 nur auf die jedesmal zur Verteilung an die K.-Gl. erforderlichen oder bestimmten Summen. Für die Massegläubiger ergiebt sich daraus die Notwendigkeit voller Befriedigung aus der Restmasse, sobald sie den gesetzlichen Bedingungen genügt haben. Dasselbe gilt schon vermöge der Natur der Sache für Aussonderungs- und Absonderungsberechtigte (Vorbem. 2 zu §§ 35 ff., Bem. II. 3 zu § 3).

Bezüglich der Behandlung vorläufig ausgeschlossener K.-Gl. bei der Verfügung über die später flüssig werdenden Mittel kamen bei Aufstellung des Entwurfes drei Systeme in Betracht, nämlich:

a. die unbedingte Ausschliessung auf Höhe aller frühern Teilbeträge;

[1]) O.-L.-G. Dresden 16. April 1884, Sächs. Ann. Bd. 6 S. 453 ff.

[2]) Fitting § 40 Anm. 8; v. Sarwey S. 712 Nr. 2; Stieglitz S. 563 Nr. II. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 441.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 441. A. M.: Fitting § 40 Anm. 8; v. Sarwey S. 713 Nr. 6; Stieglitz S. 563, 564; Willenbücher S. 190 Nr. 5; v. Wilmowski § 141 Nr. 7.

[4]) Ldg. Dresden 22. Nov., O.-L.-G. Dresden 28. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 417; Tränkner, Arch. f. c. Pr. Bd. 70 S. 161.

b. die vollständige Nachzahlung aller frühern Teilbeträge nach Verhältnis der vorhandenen Masse;

c. die ausschliessliche Zulassung bei spätern Verteilungen, jedoch mit der Begünstigung, dass hier der volle Betrag, bei den schon früher berücksichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt wird.

In der deutschen K.-O. wurde der zweite Grundsatz angenommen (M. S. 376—378). Hiernach brauchen die bei einer Verteilung ausgeschlossenen Gläubiger nicht eine neue Verteilung abzuwarten. Vielmehr können sie, soweit die vorhandenen Mittel reichen und sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, nachträgliche Bezahlung des Betrages verlangen, welchen sie erhalten haben würden, wenn sie dem Gesetze schon vor Ablauf der Ausschlussfrist genügt hätten. Die Nachzahlung oder nachträgliche Berücksichtigung durch Hinterlegung oder Zurückbehaltung kann auch zu Gunsten solcher Gläubiger erfolgen, deren Forderungen zur Zeit der erfolgten Abschlagszahlung noch nicht geprüft waren, welche aber in einem besondern Prüfungstermine eine Feststellung ihrer Forderung erlangten oder nach der dort erfolgten Bestreitung den nach §§ 140, 141 erforderlichen Nachweis erbrachten.[1]) Von Amts wegen wird dieser Anspruch nicht berücksichtigt; vielmehr muss die nachträgliche Zuweisung ausdrücklich verlangt werden. Ob dem Antrage ohne weiteres stattzugeben oder eine neue Verteilung abzuwarten ist, hängt von den Umständen ab. Das letztere hat zu geschehen, wenn der K.-V. nicht beurteilen kann, ob nicht noch unbefriedigte Masseansprüche bestehen, insbesondere wenn ein Prozess über solche Ansprüche anhängig ist, der Veranlassung giebt, für den Fall des Unterliegens eine genügende Summe zurückzubehalten. Da die K.-Gl. nicht wie die Massegläubiger Anspruch auf sofortige Zahlung haben, sondern nur verlangen können, dass die Nachzahlung an sie vorgenommen wird, ehe eine neue Verteilung erfolgt, müssen sie sich gefallen lassen, dass ihre Befriedigung solange verschoben wird, bis das Vorhandensein der Mittel zur nachträglichen Zahlung feststeht. Aus Veranlassung der neuen Verteilung können übrigens auch andere verspätete Gläubiger Einwendung gegen das Verzeichnis erheben (§ 146). Ebenso müssen solche K.-Gl. behandelt werden, welche bei einer Abschlagsverteilung zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sind. Sie erlangen dadurch keinen Masseanspruch, sondern haben nur ein Recht auf Nachzahlung des entsprechenden Betrages vor der Vornahme einer weiteren Verteilung (Bem. I. a. E.). Reicht aber die Masse hierzu nicht aus, so können sie von den übrigen K.-Gl. den Betrag zurückfordern, welchen diese in ungerechtfertigter Weise zu viel erhalten haben; ausserdem kann ihnen auch ein Entschädigungsanspruch gegen den K.-V. zustehen, soweit diesen eine Schuld trifft (§ 74).[2]) Eine Nachzahlung der erwähnten Art ist nicht als neue selbständige Abschlagsverteilung anzusehen, daher nicht durch die Genehmigung des Gl.-A. (§ 138) bedingt. Es handelt sich dabei vielmehr nur um den Vollzug bezw. um die Ergänzung der frühern bereits genehmigten Verteilung. Die entgegengesetzte Auffassung wäre nur dann zutreffend, wenn der Gl.-A. auch zu bestimmen hätte, wieviel verteilt werden soll. Er hat aber bloss zu genehmigen, dass eine Verteilung vorgenommen wird. Wenn die augenblicklich verfügbare Masse für eine neue allgemeine Verteilung nicht ausreicht und eine solche nicht abgewartet werden kann, zugleich aber die Besorgnis vorliegt, bezüglich der Restmasse nicht ausgeschlossene Massegläubiger durch Zuweisung der nachträglichen Dividende zu verkürzen, so wird es zulässig sein, derselben eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen, um etwaige Ansprüche dieser Gläubiger thunlichst zu vermeiden. Eine solche Bekanntmachung kann jedoch, da es an einer gesetzlichen Grundlage hiefür fehlt, nicht die Wirkung haben, dass die Massegläubiger

[1]) Endemann S. 550; v. Sarwey S. 719; v. Völderndorff Bd. 2 S. 445, 446.

[2]) R.-G. (IV.) 27. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 114 Nr. 13, R.-Anz. 1890, bes. Beil. S. 312 ff. bes. 314.

mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen werden.[1]) Sie ist vielmehr nur insoweit von Bedeutung, als dem K.-V., der mit dem Erlasse der Bekanntmachung alles gethan hat, was in seiner Macht steht, nicht der Vorwurf gemacht werden kann, er habe sich den Massegläubigern gegenüber einer Pflichtverletzung schuldig gemacht. Der Nachweis, dass der K.-V. ihre Forderungen zur Zeit der Zahlung in Wirklichkeit gekannt habe, welcher durch die Versäumung einer wirklichen Ausschlussfrist ausgeschlossen würde, steht den nicht befriedigten Massegläubigern ungeachtet der Bekanntmachung zu. Reicht bei gleichzeitigem Andringen mehrerer nachträglich zu berücksichtigender K.-Gl. die vorhandene Restmasse zur vollen Befriedigung aller nicht aus, so muss eine Verteilung nach Verhältnis der Forderungen bezw. nach der Rangordnung des Gesetzes eintreten. Bevorrechtigten Forderungen gebührt der volle Betrag. Der Umstand, dass ein Gläubiger die Nachzahlung früher als ein anderer verlangt hat, begründet einen Vorrang nicht. Im Gesetze ist von einem solchen Vorzuge nicht die Rede. In den Mot. soll aber offenbar nur gesagt werden, dass die Gläubiger, welche eine Nachzahlung verlangen, sich einen verhältnismässigen Abzug gefallen lassen müssen, wenn die vorhandenen Mittel nicht zur Befriedigung aller gleichzeitig vorhandenen Gläubiger ausreichen. Dass ein Gläubiger, weil er seinen Anspruch etwas früher angemeldet hat, die übrigen in ganz gleicher Lage befindlichen Gläubiger ausschliessen soll, ist auch in keiner Weise zu rechtfertigen. Solange er Zahlung nicht erhalten hat, muss er sich gefallen lassen, dass seine Forderung durch gleichberechtigte Ansprüche anderer Gläubiger beschränkt wird (§ 2).[2]) Zur Restmasse im Sinne des § 143 gehören auch die aus einer frühern Abschlagsverteilung etwa zurückfliessenden oder frei werdenden Beträge (§§ 144, 153), da eine Ausschliessung nur auf Höhe des zur Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze erforderlichen Bestandes eingetreten ist, die spätere Erhöhung dieser Prozentsätze daher von niemanden verlangt werden kann. Nimmt aber der K.-V. neue Abschlagsverteilungen vor, ohne die nach § 143 begründeten Ansprüche zu berücksichtigen, so kann er persönlich für die Beschädigung haftbar gemacht werden. Auch können die benachteiligten Gläubiger von denjenigen K.-Gl., welche zu viel erhalten haben, das Zuvielerhaltene wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen, sofern ein solcher Anspruch nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte begründet ist.

2) Die Vorschrift des § 144 ist eine Folgerung aus den Grundsätzen der §§ 141, 142. Da die hier aufgeführten Gläubiger ihrer Ansprüche auf die Masse verlustig werden, wenn sie nicht vor Ablauf der Ausschlussfrist, welche der Schlussverteilung vorhergeht, die in § 141 Abs. 1 bezw. § 142 Abs. 2 vorgeschriebenen Nachweise erbracht haben, so ergiebt sich daraus, dass die für sie zurückgehaltenen Gelder anderweitig verwendet werden können, sobald der Verlust eingetreten ist.

3) Mit dem Ablauf der Ausschlussfrist tritt für die Verteilung, um deren Vornahme es sich handelt, die thatsächliche Ausschliessung derjenigen Forderungen ein, welche entweder noch gar nicht geprüft worden oder für welche die nach §§ 140—142 erforderlichen Nachweise dem K.-V. nicht erbracht worden sind. Erst jetzt ist dieser in der Lage, das Verzeichnis festzustellen. Zu diesem Zwecke hat er die infolge der erbrachten Nachweise notwendig gewordenen Änderungen des Verzeichnisses sowie diejenigen Änderungen vorzunehmen, welche zur Berichtigung eines zum Vorschein gekommenen thatsächlichen Irrtums dienen. Auch das abgeänderte Verzeichnis ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen (§ 139). Durch die Niederlegung wird es jedem Gläubiger neuerdings ermöglicht, von dem Inhalte des Verzeichnisses Einsicht zu nehmen und seine etwaigen Erinnerungen geltend zu machen. Die Änderungen, welche der K.-V. an dem Verzeichnisse vorzunehmen hat, können sowohl darin bestehen, dass Gläubiger, welche die erforderlichen Nachweise

[1]) Meisner S. 321 Anm. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 450; v. Wilmowski § 143 Nr. 4. A. M.: Kohler S. 581; Hullmann S. 292; Stieglitz S. 568.

[2]) A. M.: nur Hullmann S. 292.

nicht geliefert haben, gestrichen werden, als darin, dass andere, deren Forderungen inzwischen geprüft oder unstreitig wurden, nachträglich in das Verzeichnis Aufnahme finden. An dem zur Verteilung bestimmten Massebestand darf nichts mehr geändert werden. Vielmehr ist in dieser Beziehung die gemäss § 139 bewirkte Bekanntmachung entscheidend (Bem. 4 zu § 146 ff. S. 468). Der K.-V. ist verpflichtet, die erforderlichen Änderungen binnen drei Tagen zu bewirken. Durch Zuwiderhandlung und Versäumung der Frist setzt er sich nicht bloss einer Ordnungsstrafe aus, sondern verliert auch, wie sich aus § 146 ergiebt, die Befugnis, nun noch seinerseits Änderungen an dem Verzeichnisse vorzunehmen. Den K.-Gl., welche das Verzeichnis nach Ablauf der dreitägigen Frist eingesehen haben, steht ein Recht darauf zu, dass dieses nicht noch nachträglich geändert wird. Andernfalls könnte ein Gläubiger kurz vor Ablauf der Einwendungsfrist gestrichen werden, ohne hievon etwas zu erfahren, und dadurch in die Lage kommen, seine Rechte nicht mehr wahren zu können. Endgültig wird das Verzeichnis allerdings erst nach Ablauf der Einwendungsfrist (§ 146) bezw. erst im Schlusstermine (§ 150) festgestellt. Nach Ablauf der im § 145 festgesetzten dreitägigen Frist können jedoch Änderungen nur vom Gerichte angeordnet werden (Bem. I. zu §§ 146 ff.).[1]) Sache des Gerichtsschreibers ist es, darüber zu wachen, dass keine nachträglichen Änderungen mehr erfolgen.

§ 146.

Bei einer Abschlagsverteilung sind Einwendungen gegen das Verzeichnis bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Ende der Ausschlussfrist bei dem Konkursgerichte zu erheben.

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen. Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Beschwerdefrist beginnt mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist.

§ 147.

Für eine Abschlagsverteilung bestimmt der Verwalter und wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz.

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzuteilen.

§ 148.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlussfrist abgelaufen ist.

(E. §§ 146–148; M. S. 379, 380; K. S. 105—107, 183.)

[1]) A. M. nur Wengler S. 579, 580.

1) Die §§ 146—148 regeln das Verfahren bei Abschlagsverteilungen. Da die Einwendungen gegen das vom K.-V. aufgestellte Verzeichnis meist einfacher thatsächlicher Natur sind und in der Regel nur die Befolgung oder Nichtbefolgung der für das Verteilungsverfahren erteilten Vorschriften betreffen, wurde die Beschreitung des Prozessweges zur Verfolgung dieser Einwendungen ausgeschlossen (§ 146). Dagegen erschien es mit Rücksicht auf die Gefahr, dass die zur Zeit der Schlussverteilung vorhandene Masse häufig nicht ausreichen werde, um die bei Abschlagsverteilungen vorgekommenen Irrtümer oder Unregelmässigkeiten noch ausgleichen zu können, als bedenklich, hier die Erledigung von Erinnerungen lediglich dem K.-V. oder dem Gl.-A. zu überlassen. Das Gesetz lässt deshalb, obgleich im übrigen das Konkursgericht nicht mit einer Mitwirkung bei den Abschlagsverteilungen befasst ist, die Erhebung von Einwendungen gegen das Verzeichnis bei ihm zu. Die zu deren Geltendmachung gesetzte Frist berücksichtigt die Pflicht des K.-V. zur Ergänzung des Verzeichnisses (§ 145). In der Reichstagskommission wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem Einwendungen erst bezüglich der Schlussverteilung zulässig sein sollten, abgelehnt (K. S. 105, 106). Auch die in § 146 Abs. 1 festgesetzte Frist hat ausschliessende Wirkungen und ist nach § 68 K.-O. und § 200 C.-P.-O. zu berechnen. Eine Verlängerung der Frist und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet hier so wenig wie bei der Ausschlussfrist des § 140 statt (Bem. II. 1 zu §§ 139 ff.).

Das nach § 139 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Verzeichnis muss dort während der ganzen zur Vorbringung von Einwendungen bestimmten Frist liegen bleiben. Auch bezüglich der dreitägigen Frist, während deren der K.-V. nach § 145 die auf Grund der vorhergehenden Bestimmungen erforderlichen Änderungen vorzunehmen hat, ist nicht vorgesehen, dass das Verzeichnis entfernt werden dürfe. Der K.-V. ist deshalb genötigt, die Abänderungen in den Geschäftsräumen der Gerichtsschreiberei oder ausserhalb der Geschäftsstunden vorzunehmen. Andernfalls würde den Gläubigern die Frist, welche das Gesetz ihnen einräumt, noch mehr verkürzt. Mit Rücksicht darauf ist es geboten, dass sich der K.-V. streng an die vorgesehene Frist hält. Übrigens müssen die Gläubiger, wenn sie sicher gehen wollen, nach Ablauf dieser dreitägigen Frist von dem Verzeichnisse Einsicht nehmen, da es sonst noch abgeändert werden kann (Bem. III. 3 zu §§ 139 ff. S. 465).

2) Das Recht zu Einwendungen steht nur denjenigen K.-Gl. zu, welche ein Interesse an der Änderung haben, also niemals bevorrechtigten Gläubigern gegenüber gewöhnlichen K.-Gl., noch weniger den Massegläubigern und dem Gemeinschuldner. Die Einwendungen können sich sowohl gegen das ursprünglich aufgestellte Verzeichnis als gegen die vom K.-V. nach § 145 vorgenommenen Abänderungen richten und sowohl die Nichtberücksichtigung des die Einwendung erhebenden, als die Berücksichtigung eines andern Gläubigers zum Gegenstande haben. Dagegen können Thatsachen oder Nachweise, welche nach § 140 innerhalb der dort vorgesehenen Ausschlussfrist hätten beigebracht werden sollen, in der hier in Frage stehenden Frist nicht nachgeholt werden. Noch weniger ist es gestattet, auf dem hier vorgesehenen Wege bereits festgestellte Forderungen nachträglich zu bestreiten. Einwendungen, durch welche die im Prüfungstermine erfolgte Feststellung beseitigt werden soll, können vielmehr ebenso wie Einwendungen, welche sich auf die angeblich erfolgte Tilgung der Forderung beziehen, nur gemäss § 686 C.-P.-O. durch Klage und nur von dem K.-V. geltend gemacht werden. Durch die Verweisung auf diesen Weg wird der Gläubiger der bestrittenen Forderung auch nicht gefährdet, weil der K.-V. den auf die nachträglich bestrittene Forderung entfallenden Betrag in entsprechender Anwendung des § 155 einstweilen zurückbehalten muss.[1])

3) Die Entscheidung des Konkursgerichtes kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Auch kann der Einwendung aus andern als denjenigen Gründen statt-

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 374; v. Sarwey S. 722; Stieglitz S. 571; R.-G. (III.) 24. Febr. 1888, Entsch. Bd. 21 S. 336, 338 ff.

gegeben werden, welche der einwendende K.-Gl. vorgebracht hat.[1]) Gegen diese Entscheidung findet „sofortige Beschwerde" statt und zwar sowohl, wenn die Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet, als wenn sie versagt wurde (§ 66). Die Abschlagsverteilung muss jedoch nicht bis zur Erledigung aller Einwendungen ausgesetzt werden. Das Gesetz überlässt vielmehr die Anordnung hierüber dem freien richterlichen Ermessen (K. S. 106 u. § 535 C.-P.-O.). Die Entscheidung, durch welche eine Einwendung, wenn auch nur teilweise, zurückgewiesen wird, ist dem betr. Gläubiger selbst dann von Amts wegen zuzustellen, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat (Bem. II. 1 zu § 66). Beteiligt sind hier ausser dem K.-V., als Vertreter des Gemeinschuldners,[2]) die im Verzeichnisse berücksichtigten Gläubiger sowie derjenige, dessen Einwand zurückgewiesen wurde. Die Frist für die weitere Beschwerde (§ 531 C.-P.-O.) läuft vom Tage der Zustellung an. Die Entscheidung, durch welche die Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist nach § 146 Abs. 2 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Diese Vorschrift muss auch auf die Beschlüsse des Beschwerdegerichtes Anwendung finden. Von der Niederlegung an, welche die Zustellung ersetzt, läuft die Beschwerdefrist. Eine besondere Zustellung an die Beteiligten ist hiernach nicht notwendig (Bem. II. 2 zu § 66).[3]) Da eine Bekanntmachung der Niederlegung nicht vorgeschrieben ist,[4]) jedenfalls die Beschwerdefrist schon mit der Niederlegung beginnt, müssen die Beteiligten sich durch Nachfrage auf der Gerichtsschreiberei vergewissern, ob eine Berichtigung erfolgte. Jedoch ist es zweckmässig, dass entweder der Beschluss den Beteiligten zugestellt oder die Niederlegung bekannt gemacht wird.

4) Nach Ablauf der Frist des § 146 Abs. 1 oder nach endgültiger Entscheidung über die rechtzeitig erhobenen Einwendungen steht der Kreis der teilnahmeberechtigten K.-Gl. sowie der zu berücksichtigende Betrag jeder Forderung fest. Ebenso lässt sich der Betrag der für die Verteilung verfügbaren Masse bestimmen, da nach § 159 Masseansprüche, welche bis zur Festsetzung des Prozentsatzes nicht zur Kenntnis des K.-V. gelangt sind, nicht auf den zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlichen Massebestand geltend gemacht werden können. Zur Festsetzung des zu zahlenden Prozentsatzes bedarf es sonach nur einer einfachen Berechnung. Die Verteilung darf jedenfalls erst nach Ablauf der Frist erfolgen, innerhalb deren Einwendungen erhoben werden können. Wenn nur eine einzige Einwendung vorliegt, ist in der Regel die endgültige Entscheidung hierüber abzuwarten. Doch kann unter Umständen ungeachtet dieser Einwendung eine Verteilung sofort erfolgen, wenn nur derjenige Betrag zurückbehalten wird, um den es sich bei der Einwendung handelt, so dass durch die Verteilung der Entscheidung nicht vorgegriffen wird. Ebenso kann, wenn mehrere Einwendungen erhoben worden sind, eine Verteilung schon dann erfolgen, wenn über einen Teil davon entschieden worden ist. Es ist aber auch dann soviel zurückzubehalten, als notwendig ist, um alle Forderungen berücksichtigen zu können, welche beanstandet worden sind oder noch in das Verzeichnis aufgenommen werden sollen. Der K.-V. darf sich nicht in die Lage versetzen, diejenigen Forderungen nicht berücksichtigen zu können, auf welche sich die Einwendungen beziehen. Dagegen darf er soviel verteilen, als unter allen Umständen verfügbar ist.[5]) Bei Abschlagszahlungen braucht er nicht ängstlich darauf Bedacht zu nehmen, den ganzen verfügbaren Bestand zur Verteilung zu bringen. Vielmehr kann er einen annähernd passenden Prozentsatz in runder Zahl wählen, welcher

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 408, 409.

[2]) Endemann S. 558; Fitting § 41 Anm. 6; v. Wilmowski S. 402 Nr. 3. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 410.

[3]) Fitting § 41 Anm. 5; Kohler S. 577 Anm. 1; v. Völderndorff Bd. 2 S. 460; Wengler S. 581 Nr. 5. A. M.: Meisner S. 325; v. Sarwey S. 724; Stieglitz S. 572 Nr. II.; Willenbücher S. 193 Nr. 6; v. Wilmowski S. 402 Nr. 3.

[4]) A. M.: Fitting a. a. O.

[5]) Endemann S. 558; Fitting § 41 Anm. 8 und die Kommentare. A. M. nur v. Völderndorff Bd. 2 S. 461 Anm. 12.

eine rasche Berechnung des jedem einzelnen Gläubiger zukommenden Anteils gestattet. Die Bestimmung des Prozentsatzes erfolgt nach § 147 durch den K.-V. und, wenn ein Gl.-A. bestellt ist, durch diesen auf Antrag des K.-V. Diese Organe haben sich auf die Verteilung des nach Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung (§ 139) verfügbaren Bestandes der Masse zu beschränken, einen inzwischen etwa eingetretenen Zuwachs der Masse sonach nicht zu berücksichtigen. Die Mitteilung des Prozentsatzes (§ 147 Abs. 2) soll die berücksichtigten Gläubiger in den Stand setzen, nunmehr die ihnen gebührenden Beträge zu erheben.

Eine Schmälerung des zu verteilenden Bestandes kann zunächst durch Masseansprüche bewirkt werden, welche erst nach der Bekanntmachung zur Kenntnis des K.-V. gelangt sind. Die Zurückhaltung eines grössern Betrages kann aber auch dann gerechtfertigt sein, wenn der K.-V. sich bezüglich des zur Verteilung verfügbaren Betrages geirrt hat. Die Gläubiger haben kein Recht darauf, dass der ganze, zur Verteilung vorläufig in Aussicht genommene, Betrag auch wirklich verteilt werde. Sie können deshalb auch nicht durch eine auf die Höhe des Prozentsatzes bezügliche Einwendung eine gerichtliche Entscheidung bezüglich der Frage herbeiführen, wie viel zu verteilen ist. Das Konkursgericht hat sich in reine Verwaltungsmaassregeln nicht einzumischen.[1]) Besteht ein Gläubigerausschuss, so kann dieser beschliessen, dass weniger verteilt werde, als der K.-V. beantragt hat. Er ist aber nicht berechtigt, über dessen Antrag hinauszugehen und die Verteilung einer höhern als der beantragten Summe zu verfügen. Dies ergiebt sich daraus, dass der Ausschuss nach § 138 nur die vom K.-V. vorgeschlagene Verteilung zu genehmigen und nach § 147 den Prozentsatz nur „auf Antrag" desselben zu bestimmen hat, sowie aus dem Verhältnisse zwischen letzterem und dem Gl.-A. Wie dieser den K.-V. nicht zwingen kann, eine Abschlagszahlung überhaupt vorzunehmen, so kann er auch nicht über dessen Antrag hinausgehen und vorschreiben, dass ein grösserer Betrag als derjenige zu verteilen ist, den der K.-V. für angemessen hält.[2]) Was die Mitteilung an die berücksichtigten Gläubiger anbelangt, so braucht sie nicht durch eine förmliche Zustellung zu erfolgen, sondern es genügt eine briefliche Mitteilung. Diese muss aber an jeden berücksichtigten Gläubiger persönlich gerichtet werden. Eine öffentliche Bekanntmachung ist weder notwendig noch gerechtfertigt.

5) Die Vorschrift des § 148 hat den Zweck, den Abschluss eines Zwangsvergleiches zu erleichtern. In der Reichstagskommission (S. 106, 107) wurde von Hagens bemerkt, „dass unter dem Vorschlage eines Zwangsvergleiches ein gemäss § 161 substantiierter Vorschlag zu verstehen sei." Auch ist es selbstverständlich, dass die Aussetzung nicht auf Grund eines Vorschlages erfolgen kann, welcher nach § 162 unzulässig ist. Die zeitliche Beschränkung durch die Ausschlussfrist (§§ 140—142) erstreckt sich nur auf den Antrag des Gemeinschuldners, nicht auf die Entscheidung des Gerichtes. Der Wortlaut des § scheint zwar für die entgegengesetzte Auffassung zu sprechen. Aber es muss angenommen werden, dass dieser ungenau ist. Durch den Ablauf der Frist wird nur der Antrag des Gemeinschuldners ausgeschlossen; denn sonst könnte das Gericht, wenn dieser Antrag noch kurz vor Ablauf der Frist eingereicht wird, seine Entscheidung gar nicht in wirksamer Weise geben, weil sie vor Ablauf der Frist nicht mehr möglich, nachher nicht mehr zulässig wäre. Andernfalls würde es auch im Belieben des Gerichtes stehen, dem Antrag des Gemeinschuldners durch Versäumung der Frist seine Wirkung und zugleich dessen Beschwerderecht die Grundlage zu entziehen. Für die Beschwerdeinstanz wäre es in den meisten Fällen kaum möglich, die Aussetzung rechtzeitig anzuordnen, wenn sie an die Ausschlussfrist gebunden wäre. Da im allgemeinen Fristen insbesondere Ausschlussfristen nur für die Parteien, nicht für Verfügungen des Gerichtes bestimmt sind und kein Grund er-

[1]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 2 S. 463.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 462; v. Wilmowski S. 403 Nr. 2. A. M.: Meisner S. 326; v. Sarwey S. 727, 728; Willenbücher S. 194 Nr. 3.

sichtlich ist, warum dem letzteren eine darartige Beschränkung auferlegt werden sollte, ist es nicht gerechtfertigt, auf den Wortlaut des Gesetzes, mit dem sich auch die hier vertretene Auffassung vereinbaren lässt, das entscheidende Gewicht zu legen.[1]) Im übrigen ist es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob es die Aussetzung anordnen will. Dem K.-V. bezw. dem Gl.-A. steht, wenn einmal die Bekanntmachung einer bevorstehenden Verteilung erfolgt ist, nicht das Recht zu, diese mit Rücksicht auf einen zu erwartenden Zwangsvergleich einzustellen; denn aus § 154 ergiebt sich nicht die Befugnis, den Vollzug der Verteilung zu unterlassen.[2]) Gegen einen abweisenden Beschluss steht dem mit seinem Antrage zurückgewiesenen Gemeinschuldner, gegen die Aussetzung dem K.-V. und den bei der Verteilung berücksichtigten K.-Gl. das Recht der Beschwerde zu.[3]) Sobald der Vergleichsvorschlag endgültig verworfen ist (§§ 171, 174), verliert die Aussetzung ihre Kraft. Diese selbst wie deren Aufhebung ist öffentlich bekannt zu machen (§ 68 Abs. 3, Bem. II. 2 zu § 66).

§ 149.

Die Schlussverteilung erfolgt, sobald die Verwertung der Masse beendigt ist.

Die Vornahme der Schlussverteilung unterliegt der Genehmigung des Gerichtes.

§ 150.

Zur Abnahme der Schlussrechnung, zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis und zur Beschlussfassung der Gläubiger über die nicht verwertbaren Vermögensstücke bestimmt das Gericht einen Schlusstermin, welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen ist.

Die Bestimmungen des § 146 Abs. 2 finden auf die Schlussverteilung Anwendung.

§ 151.

Nach der Abhaltung des Schlusstermines beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

[1]) v. Sarwey S. 729 Text und Anm.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 466. A. M.: Fitting S. 328 § 41 Nr. III.; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 414; Stieglitz S. 577 Anm. a, S. 578; Willenbücher S. 194; v. Wilmowski S. 404. Stieglitz und v. Wilmowski sprechen auch dem Beschwerdegerichte ausdrücklich die Befugnis ab, die Aussetzung nach Ablauf der Ausschlussfrist anzuordnen.

[2]) v. Sarwey S. 729 Nr. 2. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 465.

[3]) v. Sarwey S. 729 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. 2 S. 466; Willenbücher S. 195; v. Wilmowski S. 405. A. M.: Fitting § 41 Anm. 18, welcher den abweisenden Beschluss für unanfechtbar hält, und Stieglitz S. 578, der den Gläubigern ein Beschwerderecht nicht zugestehen will.

§ 152.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung statt.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das im § 134 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

(E. §§ 149—152; M. S. 380—386; K. S. 107, 108, 183.)

Aufhebung des Kv. S. 473 ff.
Bekanntmachung S. 471, 472, 474.
Beneficium competentiae S. 475.
Beschwerde S. 471.
Bestrittene Forderungen S. 478.
Einwendungen:
— — geg. d. Schlussrechnung S. 471, 472.
— — „ d. Schlussverzeichnis S. 472.
— — „ d. Anspruch S. 475, 476.
Gerichtsstand S. 476.
Nachforderungsrecht S. 474 ff.
Notbedarf S. 475.
Rückforderungsrecht S. 478.
Schlussrechnung S. 471, 472.
Schlusstermin S. 472 ff.
Schlussverteilung S. 470 ff.
Schuldtitel S. 475.
Teilungsplan S. 473.
Unverwertbare Sachen S. 473.
Vollstreckung geg. d. Gemeinsch. S. 477.

I. Vornahme der Schlussverteilung. (§ 149.)

1) Sobald die Verwertung der verkäuflichen Massegegenstände erfolgt ist, muss ohne Verzug zur Schlussverteilung geschritten werden. Die Erledigung aller Prozesse über streitige Konkursforderungen braucht der K.-V. nicht abzuwarten, da für diese Forderungen unter den Voraussetzungen des § 140 durch Zurückbehaltung entsprechender Beträge gesorgt ist. Der Gemeinschuldner soll nach Flüssigmachung seines Aktivvermögens durch die Streitigkeiten unter den K.-Gl. nicht an der Wiederaufnahme seiner freien Erwerbsthätigkeit gehindert werden. Auch die Unverkäuflichkeit einzelner zur Masse gehöriger Gegenstände steht der Vornahme der Schlussverteilung nicht im Wege (§ 150 u. Bem. II. 2). Handelt es sich um Gegenstände, welche nur vorläufig nicht verwertet werden können, aber erheblichen Wert haben und deshalb nicht aufgegeben werden sollen, oder bezüglich deren ein Prozess schwebt, so ist die Schlussverteilung aber aufzuschieben, da die nicht verwerteten Gegenstände nach Aufhebung des Kv. dem Gemeinschuldner zufallen, eine Nachtragsverteilung bezüglich derselben sonach nicht stattfinden kann (Bem. 1 zu § 153 S. 480).

2) Die Schlussverteilung unterscheidet sich wesentlich von den blossen Abschlagsverteilungen; deshalb wurde für sie ein besonderes Verfahren vorgeschrieben. Da sie unmittelbar zur Beendigung des die Befriedigung der K.-Gl. bezweckenden Verfahrens führen soll (§ 151), so hat sie den endgültigen Ausschluss derjenigen Forderungen vom Kv. zur Folge, welche nicht nach Maassgabe des Gesetzes geprüft worden sind oder in Ansehung deren Widerspruch erhoben und der nach §§ 140—142 erforderliche Nachweis nicht rechtzeitig erbracht wurde. Die Vornahme der Schlussverteilung ist deshalb von der Genehmigung des Gerichtes abhängig gemacht, ohne welche die im § 139 vorgeschriebene Bekanntmachung mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann. Wenn ein Gl.-A. bestellt ist, hat der K.-V. gemäss § 138, zunächst dessen Genehmigung und, wenn diese erteilt wird, die des Gerichtes einzuholen. Wird die Genehmigung vonseite des Gerichtes versagt, so steht dem K.-V., dem Gl.-A. und den einzelnen K.-Gl. gegen die Entscheidung die sofortige Beschwerde zu.[1]) Erteilt das Gericht die Genehmigung, so können dagegen die Gläubiger, welche hiedurch in ihren Interessen verletzt werden, wie auch in der Reichstagskommission (S. 107) anerkannt wurde, Beschwerde führen. Die Genehmigung der Verteilung ist ebenso wie deren Versagung eine Entscheidung im Kv. Es muss deshalb § 66 Abs. 3 zur Anwendung kommen. Daraus, dass den K.-Gl. auf die Entschliessungen des K.-V. hinsichtlich der vorzunehmenden Verteilung ein Einfluss nicht gewährt worden ist, sondern sie sich die Abschlagszahlungen gefallen lassen müssen, folgt keineswegs, dass sie auch einer vorzeitigen Schlussverteilung gegenüber schutzlos sind. Weil diese Verteilung so wichtige Folgen für die einzelnen Gläubiger hat, welchen hierdurch jede Befriedigung entzogen werden kann, hat das Gesetz sie von der vorgängigen Genehmigung des Gerichtes abhängig gemacht. Hieraus ergiebt sich folgerichtig, dass sie auch gegenüber der gerichtlichen Entscheidung, durch welche sie benachteiligt werden, „Beteiligte" sind und dasjenige Rechtsmittel haben, das ihnen § 66 in allgemeiner Weise einräumt. Auch darf man den Gläubigern das Beschwerderecht nicht in Ansehung der Genehmigung versagen, wenn man es ihnen in Ansehung der Verweigerung einräumt.[2]) Ob der Gemeinschuldner gegen die Entscheidung des Gerichtes Beschwerde erheben kann, ist zweifelhaft, doch wird die Frage für beide Fälle zu bejahen sein, da dessen Interessen durch den Beschluss unmittelbar berührt werden.[3]) Der Gerichtsbeschluss ist in allen Fällen, ob die Genehmigung erteilt oder versagt wird, nur dem K.-V. als Antragsteller, nicht auch den einzelnen K.-Gl. besonders zuzustellen. Die gemäss § 139 erfolgende Bekanntmachung vertritt den Gläubigern gegenüber die Zustellung und ist für den Beginn der Beschwerdefrist entscheidend (§ 68). Will der K.-V. eine Schlussverteilung nicht vornehmen, so kann das Gericht diese nicht unmittelbar anordnen, wohl aber gegen ihn gemäss § 76 vorgehen, wenn er die Verteilung pflichtwidrig verzögert. Niemals darf das Gericht, wenn die Voraussetzungen für die Schlussverteilung vorliegen, den Schlusstermin und die Schlussverteilung auf Antrag des Gemeinschuldners durch einstweilige Verfügung aussetzen; § 148 ist hier nicht anwendbar.[4]) Das Verfahren bei der Schussverteilung ist insofern dasselbe wie bei den Abschlagsverteilungen, als der K.-V. das Verzeichnis der Gläubiger in der nämlichen Weise wie dort anzufertigen und zu berichtigen hat und die Bekanntmachung der Verteilung in derselben Weise (gemäss § 139) erfolgt. Dagegen tritt nach § 150 an die Stelle der Einwendungsfrist des § 146 und des darin geregelten Verfahrens die Verhandlung im Schlusstermin (Bem. II). Erst nach Erledigung aller dort gegen das Schlussverzeichnis erhobenen Einwendungen kann die Schlussverteilung vollzogen werden.

[1]) v. Sarwey S. 733; v. Völderndorff Bd. 2 S. 471. A. M.: Endemann S. 563; Fitting § 42 Anm. 3; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 415; Stieglitz S. 581; Willenbücher S. 196 Nr. 3b; v. Wilmowski S. 407 § 149 Nr. 3.

[2]) So Endemann a. a. O.

[3]) v. Sarwey a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 470; Willenbücher S. 193 Nr. 6b; v. Wilmowski S. 407 § 149 Nr. 3. A. M.: Endemann, Fitting, Oetker und Stieglitz a. d. a. O.

[4]) O.-L.-G. Köln 20. Jan. und R.-G. (II.) 28. Febr. 1890, rhein. Arch. Bd. 81. III. S. 79 ff.

Dagegen ist es nicht geboten, die Erledigung der Prozesse abzuwarten, welche durch die Einwendungen gegen die Schlussrechnung entstanden sind. Sollten derartige Prozesse zu einem günstigen Ergebnisse führen, so wird dies Veranlassung zu einer Nachtragsverteilung geben (§ 153 Abs. 2).

II. Schlusstermin. (§ 150.)

1) Auch wenn das Gericht die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt hat, kann diese nicht ohne weiteres ausgeführt werden. Mit Rücksicht auf die infolge der Schlussverteilung eintretende Unmöglichkeit, vorgekommene Irrtümer und Unregelmässigkeiten innerhalb des Verfahrens wieder auszugleichen, wurde es nämlich für erforderlich gehalten, die Ausführung der frühern Verteilungen sowie die ganze Rechnungsführung des K.-V. vorher einer abschliessenden Prüfung zu unterziehen und danach den Kreis der nach gegenwärtiger Sachlage noch zu berücksichtigenden Forderungen, sowie den Bestand der Restmasse endgültig festzustellen. Die Ausführung der Schlussverteilung soll deshalb zunächst durch die Verhandlung im „Schlusstermine" und durch die Abnahme der Schlussrechnung des K.-V., welche den allgemeinen Vorschriften des § 78 unterliegt, vorbereitet werden. Der Schlusstermin ist gemäss § 85 Abs. 2 öffentlich bekannt zu machen. Das nach § 139 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Schlussverzeichnis, in welches alle von der Ausschliessung nicht betroffenen Forderungen aufzunehmen sind, tritt für die Schlussverteilung und die etwaigen Nachtragsverteilungen (§ 153) an die Stelle der Tabelle und giebt hier eine unumstössliche Grundlage ab. Einwendungen gegen das Verzeichnis sind in dem Termine zu erheben. Die Entscheidung über die Begründung dieser mündlich vorzubringenden Einwendungen kann das Gericht sofort im Termine verkünden[1]) oder vertagen. Die Verkündung macht die Zustellung an die beteiligten Gläubiger nicht überflüssig (Bem. II. 1 zu § 66).[2]) Wird eine Berichtigung angeordnet, so hat ausserdem die in § 146 Abs. 2 vorgeschriebene Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei zu erfolgen, welche durch die Verkündung gleichfalls nicht unnötig wird.[3]) Diese Niederlegung ersetzt dagegen die Zustellung des Berichtigungsbeschlusses (Bem. II. 2 zu § 66). Bezüglich der Verhandlung im Schlusstermine sind die allgemeinen Vorschriften über die Gl.-V. (Bem. II. zu § 85 ff.) maassgebend.

In der Reichstagskommission wurde die Reihenfolge der §§ 149—151 bemängelt. Diese wurde aber auf den Wunsch von Hagens belassen, welcher bemerkte: „Es verstehe sich von selbst, dass der in § 149 gedachten Schlussverteilung der Schlusstermin vorhergehen müsse. In diesem Termine könnten Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis erhoben werden; wenn dieser Fall eintrete, werde regelmässig die Verteilung solange ausgesetzt werden, bis über die Einwendungen entschieden sei. Indessen sei auch solchenfalls eine Verteilung nicht durchweg ausgeschlossen, da die Einreden nur einen Teil betreffen oder sichtlich unbegründet sein könnten" (K. S. 183). Einwendungen, welche nicht gegen das Verzeichnis, sondern gegen die Schlussrechnung des K.-V. gerichtet sind, gehören nicht zur Zuständigkeit des Konkursgerichtes, sondern zu derjenigen des Prozessgerichts. Übrigens sind auch diese Einwendungen nach § 78 bei Vermeidung der Ausschliessung schon im Schlusstermine mündlich vorzubringen (Bem. 2 zu § 78). Hierher gehört dagegen der von dem Vermieter erhobene Anspruch, dass die seit der K.-E. vereinnahmten Mietzinsen ihm als absonderungsberechtigtem Gläubiger ausgezahlt und ihm als solchem auch die Kosten des Verkaufes der zurückbehaltenen Sachen vergütet werden müssten. Die Geltend-

[1]) Fitting § 42 Anm. 11; Meves S. 166; v. Sarwey S. 736 Nr. 7; v. Wilmowski S. 410 § 150 Nr. 5. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 472, 477.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 472 Anm. 2; v. Wilmowski S. 410 § 150 Nr. 5, A. M.: Fitting § 42 Anm. 11; v. Sarwey S. 736 Nr. 7.

[3]) Fitting, v. Sarwey und v. Wilmowski a. a. O.

machung dieses Anspruches enthält die Einwendung, die in Frage stehenden Beträge gehörten nicht zu der unter die K.-Gl. zu verteilenden Masse. Es wird sonach dadurch die Höhe einzelner in der Schlussrechnung vorkommender Posten beanstandet. [1])

2) Bezüglich der gleichfalls dem Schlusstermine vorbehaltenen Beschlussfassung über die nicht verwertbaren Vermögensstücke vgl. Bem. II. 3 d zu §§ 121 ff. Diese Beschlussfassung bezieht sich vornehmlich auf Fälle, in welchen auch die ausserordentlichen, dem K.-V. unter Zustimmung des Gl.-A. gestatteten, Formen der Verwertung zu einem Ergebnisse nicht geführt haben. Der Schlusstermin bietet eine geeignete Gelegenheit, wegen der Übernahme solcher Vermögensstücke durch einzelne K.-Gl. zu verhandeln. Äussersten Falles sind diese der freien Verfügung des Gemeinschuldners zu überlassen. Der von der Gl.-V. gefasste Beschluss ist jedoch nicht unbedingt maassgebend, da die zur Minderheit gehörigen Gläubiger das Einschreiten des Gerichtes veranlassen können, das nach § 91 die Ausführung des Beschlusses zu untersagen hat, wenn er „dem gemeinsamen Interesse der K.-Gl. widerspricht". [2]) Eine Nachtragsverteilung kann bezüglich solcher Gegenstände nicht vorbehalten werden (Bem. 1 zu § 153).

3) Die Aufstellung eines Teilungsplanes wurde auch hinsichtlich der Schlussverteilung für entbehrlich gehalten, obgleich die Festsetzung eines den K.-Gl. zu zahlenden Prozentsatzes hier unterbleibt. Durch die nach § 139 zu bewirkende Bekanntmachung der Teilungssumme und die Einsicht des auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Verzeichnisses werden die Gläubiger in die Lage gesetzt, ihre Forderung mit der Gesamtsumme aller berücksichtigten Forderungen zu vergleichen und so den bei der Schlussverteilung auf sie treffenden Teilbetrag zu ermitteln.

4) Wenn die nach Vornahme von Abschlagszahlungen übrig gebliebene Restmasse durch Auszahlung von nachträglich beanspruchten Dividenden (Bem. III. zu §§ 139 ff.), Tilgung von Masseschulden, Untergang von Massegegenständen (z. B. durch Feuer, Überschwemmung) vollständig erschöpft worden ist, fehlt es an einem Gegenstande für die Schlussverteilung. Nichtsdestoweniger sind deren Förmlichkeiten, welche sich alsdann als Teil der Rechnungslegung auffassen lassen, zu beobachten. Hierbei kommt auch die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung (§ 153) in Betracht. Unmöglich ist es, eine etwaige Nachzahlung in den Formen einer Schlussverteilung vorzunehmen, weil bei der Nachzahlung nur ein Teil der Gläubiger in Betracht kommt. [3])

III. Aufhebung des Konkursverfahrens. (§ 151.)

1) Mit der Schlussverteilung ist der Zweck des Kv. erreicht. Die notwendige Folge dieses Umstandes ist die Aufhebung dieses Verfahrens, welche, um ihre Wirkungen zu sichern, durch einen förmlichen Beschluss des Gerichtes erfolgen muss. Da ein Streit über die Aufhebung nicht entstehen kann, wurde die Anfechtung des Beschlusses ausgeschlossen. Hiernach ist nicht der Schlusstermin, sondern die Schlussverteilung entscheidend und kann erst nach deren Beendigung die Aufhebung des Kv. beschlossen werden. Übrigens genügt es, dass der zu verteilende Betrag sowie die Anteile der einzelnen Gläubiger feststehen und alle im Schlusstermine gegen das Schlussverzeichnis erhobenen Einwendungen erledigt sind. Dass thatsächlich allen K.-Gl. ihre Anteile ausbezahlt worden sind oder ihnen auch nur Mitteilung von der Höhe dieser Anteile gemacht wurde, ist nicht erforderlich. [4]) Durch die Aufhebung des Kv., welche auch nach Bestätigung des Zwangsvergleiches stattfindet (§ 175), und von der Einstellung des Verfahrens (§§ 188 ff.) unterschieden wird, erlangt der Gemeinschuldner wieder das volle freie Verfügungsrecht über sein Vermögen, soweit es nicht zur Befriedigung der K.-Gl. verwendet worden ist. Insbesondere kann er über Forderungen verfügen,

[1]) R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Jur. Woch. 1887 S. 41.

[2]) Endemann S. 577; v. Sarwey S. 735; Stieglitz S. 585 Nr. IV. 1.

[3]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 417, 418.

[4]) Stieglitz S. 589; v. Völderndorff Bd. 2 S. 478. A. M. im letzten Punkt: Fitting § 42 Anm. 20.

welche der K.-V. nicht eingezogen, sondern ihm überlassen hat.[1]) Auch wird damit der Unterbrechung der anhängigen Prozesse (§ 218 C.-P.-O.) ein Ende gemacht und hört demnach die Thätigkeit des K.-V. wie diejenige des Gl.-A. und der Gl.-V. auf. Der K.-V. hat übrigens die Verpflichtung, sich der Erledigung der noch schwebenden Aufgaben, insbesondere der noch anhängigen Prozesse und der Nachtragsverteilungen (§ 153) zu unterziehen. Die Fortführung der Feststellungsprozesse (§ 134) hat bei Aufhebung des Kv. wegen Schlussverteilung nicht nur hinsichtlich der Kosten Interesse; denn von dem Ausgang dieser Prozesse hängt die Verwendung der zurückbehaltenen Beträge zur Befriedigung der bestrittenen Forderungen oder zur Nachtragsverteilung an die übrigen K.-Gl. ab; wenn der Gemeinschuldner im Prüfungstermine nicht widersprochen hatte, so ist ferner der Gläubiger der im Prozess befangenen Forderung auch wegen § 152 Abs. 2 an der Fortführung des Prozesses interessiert. Die durch K.-E. herbeigeführte Auflösung einer Handelsgesellschaft (Art. 123 Z. 1, Art. 200, 242 Z. 3 H.-G.-B.) wird durch die Aufhebung des Kv. nicht rückgängig gemacht.[2]) Über den Fall der Aufhebung des Kv. wegen Zw.-V. s. Bem. II. 1 zu §§ 178 ff.[3])

2) Die Aufhebung und deren Grund müssen öffentlich bekannt gemacht werden, um die Gläubiger und sonstige Beteiligte von der Sachlage in Kenntnis zu setzen und der öffentlichen Bekanntmachung über die K.-E. entgegenzuwirken. In der Regel wird es sich empfehlen, die Aufhebung durch dieselben Blätter zu veröffentlichen, in welchen die K.-E. bekannt gemacht worden ist. Ausser der öffentlichen Bekanntmachung ist auch die Mitteilung an die in §§ 104 und 111 bezeichneten Behörden geboten und deshalb die entsprechende Anwendung der §§ 104, 106 vorgeschrieben. Wie die Wirkungen der K.-E. kraft Gesetzes eintreten (§ 5), so erfolgt auch der Eintritt der mit der Aufhebung verknüpften Wirkungen von Rechts wegen. Dass die Wirkung der Aufhebung mit Erlass des Beschlusses eintritt, ist im § nicht (wie in § 100 Abs. 2) gesagt. Es können deshalb die Wirkungen der Aufhebung erst an dem Tage eintreten, an welchem die Bekanntmachung des Beschlusses als bewirkt gilt (§ 68 Abs. 1). Dies ist umsomehr anzunehmen, als bezüglich der auf Grund eines Zwangsvergleiches erfolgenden Aufhebung und hinsichtlich der Einstellung des Verfahrens ausdrücklich auf die Bekanntmachung verwiesen wird. Die Wirkungen der Aufhebung treten allen Beteiligten gegenüber gleichzeitig ein.[4]) Für die Annahme, dass der Gemeinschuldner schon in dem Augenblicke, in welchem ihm die Aufhebung eröffnet wird, das Verfügungsrecht wiedererlangt, den K.-Gl. gegenüber aber die Aufhebung erst später wirksam wird, finden sich im Gesetze keine Anhaltspunkte. Übrigens hat eine solche Unterscheidung nach der K.-O. kaum praktische Bedeutung. Die Verweisung auf § 103 Abs. 2, nach welcher die Veröffentlichung auch im deutschen Reichsanzeiger erfolgen muss, wurde von der Reichstagskommission beigefügt. Eine besondere Zustellung an die dem Gerichte bekannten K.-Gl. ist nicht erforderlich, da im § nur auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 3 des § 103 verwiesen wird.[5])

IV. Nachforderungsrecht der Gläubiger. (§ 152.)

1) Die Vorschriften des § 152 gelten sowohl für die gemäss § 151 erfolgte Aufhebung, als für die in den §§ 188 ff. geregelte Einstellung des Verfahrens (§ 192 Abs. 2). Wenn dieses auf Grund eines Zw.-V. (§ 175) aufgehoben wird, kann dagegen das in § 152 anerkannte Nachforderungsrecht nicht geltend gemacht werden, vielmehr ist dann lediglich der Zw.-V. maassgebend (§ 178). Vgl. noch Bem. IV. 3 a. E. und § 178 ff., Bem. II. 1.

[1]) R.-G. (VI.) 7. Juni 1888, Bolze Bd. 6 Nr. 1297.

[2]) Petersen u. Pechmann, Aktienges. S. 282, 562; Petersen in Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 23 ff.

[3]) Kohler S. 561; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 507.

[4]) Fitting S. 335 § 42 Anm. 28; König S. 86 und die Kommentare; Ldg. Leipzig 28. Dez. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 608. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 482, im Anschlusse an die Rechtsprechung des pr. Obertr.

[5]) A. M. nur Meisner S. 329 Anm. 1.

2) Abs. 1 hat alle diejenigen Beschränkungen beseitigt, durch welche das bisher bestehende Recht den Gemeinschuldner gegen eine nach Aufhebung des Kv. eintretende Verfolgung seitens der K.-Gl. schützte. Insbesondere ist dem vielfach geltenden Grundsatze seine Wirkung entzogen, dass eine Nachforderung gegen den zur cessio bonorum zugelassenen Schuldner nur erfolgen könne, wenn der Schuldner in bessere Vermögensverhältnisse gelangt und das neue Vermögen nicht zu seinem und der Seinigen Unterhalte erforderlich sei. Die K.-Gl. können sonach, soweit sie nicht durch freiwilligen oder Zw.-V. beschränkt sind, oder einen Erlass bewilligt haben, ihre Forderungen, welche nicht angemeldet oder nicht berichtigt wurden, gegen den Schuldner jeder Zeit geltend machen und sich an dessen ganzes Vermögen halten. Soweit die Rechtswohlthat des Notbedarfes zur Zeit der Einführung der K.-O. bereits erworben war, ist jedoch durch dieses Gesetzbuch eine Änderung nicht bewirkt worden. Die in Frage stehenden Forderungen haben vielmehr ihre Eigenschaft als bedingte Forderungen beibehalten. Das beneficium competentiae betrifft nicht bloss das Zwangsvollstreckungsverfahren, ist sonach nicht bloss prozessualer Natur, sondern hat materiellrechtliche Bedeutung. Der einmal erworbene Anspruch wurde deshalb durch die Einführung der C.-P.-O. und K.-O. nicht berührt.[1]) Auch soferne das Kv. erst nach dem 1. Okt. 1879 beendigt, der Anspruch auf die erwähnte Rechtswohlthat also erst nach Einführung der K.-O. erworben wurde, ist § 152 unanwendbar, wenn das Kv. vor dem 1. Okt. 1879 eröffnet und gemäss § 8 E.-G. nach den Vorschriften des ältern Rechtes erledigt wurde. Die materiell-rechtliche Wirkung des bisherigen Verfahrens musste sich auch in diesen Fällen geltend machen, da auf sie die K.-O., also auch deren § 152 überhaupt keine Anwendung zu finden hatte.[2]) Soweit das beneficium competentiae gegenüber einzelnen Gläubigern ganz abgesehen vom Kv. auf Grund des allgemeinen bürgerlichen Rechtes beansprucht werden kann, ist es natürlich von der K.-O. unabhängig. Auch durch die C.-P.-O. und das E.-G. hierzu (§ 14) wurde dieses Recht, weil es materiellrechtlicher Natur ist, nicht beseitigt.[3]) Das Recht zur Klage entsteht an dem Tage, an welchem der Aufhebungsbeschluss nach § 68 Abs. 1 als bekannt gemacht gilt (Bem. III. 2.). Die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung steht der Verfolgung des Gemeinschuldners nicht im Wege. Forderungen, deren Geltendmachung im Kv. durch § 56 K.-O. ausgeschlossen war, durften ebenso wie Forderungen, welche der Gläubiger nicht anmelden wollte, schon während der Dauer des Kv. eingeklagt werden (Bem. III. zu §§ 8 ff., Bem. I. zu § 56).

3) Die Eintragung in die Tabelle bildet einen Schuldtitel für die Zwangsvollstreckung, indem die von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes erteilte, mit der Vollstreckungsklausel versehene, auszugsweise Ausfertigung der letztern der Zwangsvollstreckung zur selbständigen Grundlage dient.[4]) Aus der Tabelle müssen sich auch die bisher geleisteten Abschlagszahlungen ergeben. Einwendungen wegen Zuvielforderung sind nur im Wege des § 686 C.-P.-O. geltend zu machen, wobei als maassgeblicher Zeitpunkt an Stelle der

[1]) V. Altmann, beneficium competentiae S. 82 ff.; Hellmann, Lehrb. S. 829; Kohler in Grünhut Bd. 14 S. 23; v. Mandry § 41 Anm. 7; v. Sarwey S. 742; Stieglitz S. 594 Anm. b; Wach, Handb. Bd. 1 § 9 Anm. 36; Wagemann in Buschs Z. Bd. 3 S. 33 ff.; Windscheid Bd. 2 § 267 Anm. 1 a. E.; R.-G. (I.) 18. Juni 1881, Entsch. Bd. 6 S. 147; O.-L.-G. Darmstadt 5. Juni 1880, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 12 S. 310 ff.; O.-L.-G. Celle 12. März 1880, O.-L.-G. Braunschweig 31. März 1882, bayer. ob. Landesger. 6. Febr. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 35 S. 472, Bd. 38 S. 443, S. 215 ff.; O.-L.-G. Jena 31. Jan. 1881, Juristenzeit. Bd. 6 S. 160; O.-L.-G. Nürnberg 30. März 1883, Buschs Z. Bd. 9 S. 486. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 83 Anm. 8.

[2]) Stieglitz, Wagemann, O.-L.-G. Celle und Nürnberg a. a. O. A. M.: v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Altmann a. a. O. S. 85 ff.; Eccius Bd. 1 § 113 Anm. 5; Kohler in Grünhut Bd. 14 S. 23, v. Mandry § 41 Anm. 6; v. Wilmowski § 152 Nr. 1; v. Wilmowski und Levy, C.-P.-O. S. 833. A. M.: Dernburg Bd. 2 S. 275 § 110 Text u. Anm. 5.

[4]) R.-G. (I.) 6 April 1886, Schlesw.-Holst. Anz. 1886 S. 295.

mündlichen Verhandlung eventuell der Prüfungstermin tritt, in welchem die Feststellung erfolgte.[1]) Im allgemeinen hat die K.-O. sich damit begnügt, die entsprechende Anwendung der §§ 662—701 C.-P.-O. vorzuschreiben. Der Gläubiger muss hiernach allerdings die Aufhebung des Verfahrens beweisen, da die Vollstreckung von dem Eintritte dieser Thatsache abhängt (§ 664 C.-P.-O.). Auch muss er diesen Beweis durch eine öffentliche Urkunde führen, soweit nicht die Aufhebung des Kv. bei dem betr. Gerichte infolge der stattgehabten Bekanntmachung offenkundig ist.[2]) Die von dem Konkursgerichte erteilte Bestätigung der Aufhebung bildet aber eine öffentliche Urkunde, wie sie § 664 C.-P.-O. vorsieht, und muss deshalb genügen.

Bezüglich der in §§ 667, 686, 687 C.-P.-O. bestimmten Gerichtsstände war eine besondere Vorschrift geboten. Nach Abs. 3 ist der Gerichtsstand bei dem im § 134 Abs. 2 bezeichneten Gerichte begründet. Einwendungen, welche sich auf den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch selbst beziehen, kann hiernach der Gemeinschuldner nur gemäss § 686 C.-P.-O. geltend machen. Die Stelle der mündlichen Verhandlung, in welcher die Einwendung nach der C.-P.-O. spätestens hätte geltend gemacht werden müssen, vertritt hier der Prüfungstermin. Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel sind nach §§ 664 ff. C.-P.-O. zu beurteilen. Zur Entscheidung ist nach § 668 das Konkursgericht zuständig, da von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel zu erteilen ist. Der Wert des Streitgegenstandes richtet sich nach der Höhe der Forderung in ihrem jetzigen Betrag. Eine (entsprechende) Anwendung des § 136 kann nicht erfolgen, weil eine Teilungsmasse fehlt, überhaupt ein Kv. nicht mehr stattfindet.[3]) Hat der Gemeinschuldner die im Kv. geltend gemachte und festgestellte Forderung anerkannt, so ist er daran gebunden und kann nicht mehr verlangen, dass auf das frühere Rechtsverhältnis zurückgegangen werde. Es kommt also auch nach Beendigung des Kv. lediglich die darin festgestellte Geldforderung in Betracht, obgleich es sich ursprünglich um eine andere Leistung handelte. Auch kann der Einwand, dass die Forderung nicht fällig sei u. s. w., vom Gemeinschuldner nicht mehr geltend gemacht werden, wenn er sich die Eintragung in die Tabelle ohne Widerspruch gefallen liess. Die Umwandlung, welche die Forderung im Kv. zufolge der §§ 15, 16 oder der §§ 58, 62 erfahren hat, ist in diesem Falle auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam. Andererseits kann aber auch der Gläubiger, wenn der Schuldner gegen die im Kv. festgestellte Forderung Widerspruch nicht erhoben hat, seine Nachforderung nur auf dem Wege des § 152 Abs. 2 geltend machen und nicht mehr unter Ausserachtlassung der Eintragung auf das frühere Rechtsverhältnis zurückgreifen.[4]) Die Feststellung im Kv. hat zufolge der Anerkennung durch den Gemeinschuldner auch für das Verhältnis zwischen diesem und dem Gläubiger die Bedeutung eines rechtskräftigen Urteiles. Weder der Gläubiger noch der Gemeinschuldner kann sich hiernach durch einen im Prüfungstermine gemachten Vorbehalt sein ursprüngliches Recht gegenüber der Feststellung wahren.[5]) Formell aber bildet das Vorhandensein des vollstreckbaren Schuldtitels für den K.-Gl. kein Hindernis, wegen des Anspruchs Klage zu erheben.[6]) Ebenso

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 440; v. Wilmowski S. 417 Nr. 6.

[2]) Ldg. Leipzig 28. Dez. 1891, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 608. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 439.

[3]) A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 495.

[4]) A. M.: Schultze, Konkursr. S. 79 ff. und v. Völderndorff Bd. 2 S. 489, 490, welche annehmen, der Gläubiger dürfe, gleichviel ob der Gemeinschuldner die Forderung bestritten oder anerkannt habe, seine Forderung in der ursprünglichen Gestalt geltend machen.

[5]) König S. 87; v. Sarwey S. 744, 745; Stieglitz S. 597; Willenbücher S. 199 Nr. 4; v. Wilmowski S. 415, 416 § 152 Nr. 3. A. M.: Hullmann S. 274, 299, 300; Wengler S. 595. v. Wilmowski fasst den von dem Gemeinschuldner gemachten Vorbehalt als Bestreitung auf, erklärt dagegen den Vorbehalt des Gläubigers für unwirksam.

[6]) R.-G. (I.) 29. Okt. 1890, Jur. Woch. S. 411.

ist der Gläubiger auch befugt, einen vor der K.-E. erworbenen vollstreckbaren Schuldtitel zu benützen;[1]) jedoch muss er in diesem Fall die Einwendung gewärtigen, dass die Feststellung zur Konkurstabelle nicht in demselben Umfange erfolgt sei wie in dem frühern Schuldtitel. Aus der Tabelle wird sich regelmässig ergeben, ob der K.-Gl. schon einen andern vollstreckbaren Titel, sei es aus der Zeit vor der K.-E. (§ 134 Abs. 6), sei es aus einem gemäss § 134 Abs. 2, 3 geführten Widerspruchsprozesse besitzt. In diesem Falle würde die Ausfertigung eines Auszuges aus der Tabelle als Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung zu betrachten sein und müsste der Gerichtsschreiber gemäss § 669 C.-P.-O. verfahren.[2])

Die vollstreckbare Ausfertigung ist zu verweigern, wenn im Prüfungstermin vonseite des K.-V. oder eines K.-Gl. oder des Gemeinschuldners ein noch nicht beseitigter Widerspruch erhoben worden war. Bezog sich jedoch der Widerspruch ausschliesslich auf das zugunsten der Forderung beanspruchte Vorrecht, so steht er der Zwangsvollstreckung nicht im Wege, weil das Vorrecht ausserhalb des Kv. bedeutungslos ist und es deshalb nach dessen Aufhebung nicht darauf ankommt, ob die Forderung eine bevorrechtigte war oder nicht (vgl. noch Bem. II. 1 zu §§ 178 ff.).

4) Über die Frage, inwieweit die ergangenen Feststellungen und Urteile (§§ 132, 133 Abs. 2, 135) nach Aufhebung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam sind, bestand sowohl im Gebiete des gemeinen Rechtes als unter der Herrschaft der pr. K.-O. lebhafter Streit. Die K.-O. hat sich weder der gemeinrechtlichen, auch vom R.-O.-H.-G. beobachteten, Übung, noch derjenigen des pr. Obertrib. angeschlossen. Die festgestellten Forderungen dürfen dann, aber auch nur dann, durch Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner beigetrieben werden, wenn sie von diesem im Prüfungstermine, in welchem er sich nach § 129 über jede Forderung zu erklären hat, nicht ausdrücklich bestritten worden sind. Dessen Bestreiten hat hiernach auf das Teilnahmerecht der Gläubiger am Kv. keinen Einfluss, kann diese aber veranlassen, den ihnen offen stehenden Weg der Klage sofort zu beschreiten. Dass auch weniger gewissenhafte Schuldner vom Bestreiten keinen ausgedehnten Gebrauch machen, wird deshalb erwartet, weil das Zustandekommen eines Zwangsvergleiches und die Bewilligung einer Unterstützung in der Hand der K.-Gl. liegt. Hat der Gemeinschuldner Widerspruch nicht erhoben, so wird auch nach Aufhebung des Kv. kaum Raum für Anstellung einer Klage sein, weil unter dieser Voraussetzung die Eintragung in die Tabelle, welche nach § 133 Abs. 2 den K.-Gl. gegenüber wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, nach § 152 Abs. 2 dem Schuldner gegenüber einen vollstreckbaren Schuldtitel bildet, der Gläubiger sonach kein Interesse daran hat, noch ein Urteil zu erlangen.[3]) Auch für die Gebiete des rhein. Rechtes besteht das Bedürfnis einer Klage zum Zwecke der Erlangung einer Urteilshypothek nicht, da der Eintrag in die Tabelle eine solche mit sich führt (Bem. II. 1c zu §§ 129 ff. S. 432 Anm. 4).

5) Hat der Gemeinschuldner gegen die Forderung im Prüfungstermine Widerspruch erhoben, so äussert die im Kv. bewirkte Feststellung ihm gegenüber keine Wirkung, gleichviel, ob sie im Prüfungstermine oder in einem Spezialprozesse durch Urteil erfolgte. Es ist dann Sache des nachfordernden Gläubigers, sich dem Gemeinschuldner gegenüber einen Vollstreckungstitel zu verschaffen. Auch kommt es dann lediglich auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis zwischen den beiden an, so dass die für das Kv. maassgebenden Änderungen, insbesondere die eingetretenen Beschränkungen dem Gemeinschuldner gegenüber nicht wirken (Vorbem. 3 zu §§ 46 ff., Bem. I. zu § 56, Bem. 1 zu § 58, Bem. 2 a. E. zu § 63. Dasselbe gilt auch

[1]) O.-L.-G. Jena 26. Nov. 1888, Thür. Bl. Bd. 36 S. 331, Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 240 u. Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 4 S. 83, 84.

[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 442, 443.

[3]) O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1883, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 5 S. 5.

in Ansehung des § 62).[1]) Die durch Zw.-V. herbeigeführte Minderung einer Forderung behält natürlich nach Aufhebung des Kv. ihre Wirkung, da die teilweise Entlastung des Gemeinschuldners gerade den Zweck des Zwangsvergleiches bildet. Ebenso bleiben diejenigen Wirkungen bestehen, welche infolge der von dem K.-V. als Vertreter des Gemeinschuldners getroffenen Verfügungen, insbesondere der gemäss §§ 15 ff. von ihm abgegebenen Erklärungen und der im Kv. vollzogenen Aufrechnung, eingetreten sind (Vorbem. 2, 4 u. 6 a. E. zu §§ 46 ff. S. 241 u. 243 Anm. 1, Bem. III. 2 zu § 5, Bem. I. 4 zu §§ 8 ff., Bem. I. 5 zu § 15, S. 71 Anm. 3). Für das Verhältnis des Gemeinschuldners und seiner Rechtsnachfolger zu unbefriedigten Massegläubigern sind gleichfalls die Handlungen des K.-V. maassgebend (Bem. III. 1 u. III. 2 zu § 5, Vorbem. 2 u. 3 zu §§ 50 ff.).[2])

Wenn eine Forderung vom Verwalter oder von einem Gläubiger mit Erfolg bestritten und die Forderung deshalb nicht in die Tabelle eingetragen wurde, kann der Gemeinschuldner, welcher in dem Spezialprozesse nicht für seine Person beteiligt war, sich nicht auf ein darin ergangenes abweisendes Urteil berufen, um damit die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begründen. So wenig die in einem solchen Prozesse ergangenen Feststellungsurteile ihm entgegengehalten werden können, so wenig kann er sich auf ein gegen den Gläubiger ergangenes Urteil berufen.[3]) Die Beschränkung der Rechtskraft, welche § 133 Abs. 2 bezüglich der Eintragung in die Tabelle vorgesehen hat („gegenüber allen Konkursgläubigern"), kommt nicht bloss dann zur Geltung, wenn die Eintragung auf Grund eines zwischen mehreren Gläubigern ergangenen Urteils erfolgt, sondern auch dann, wenn der K.-V. eine Forderung bestritten hatte. Dessen Befugnis zur Vertretung in den Spezialprozessen erstreckt sich nur auf die Frage, ob eine angemeldete Forderung im Kv. berücksichtigt werden soll; bezüglich der weitern Frage, ob die Forderung auch im übrigen, d. h. in Beziehung auf das nicht zur Masse gehörige Vermögen, geltend gemacht werden kann, hat dagegen nach § 132 Abs. 2 und § 152 Abs. 2 der Gemeinschuldner ausnahmsweise selbst zu entscheiden und die Prozesse zu führen (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff.). Die Fälle, in welchen der Gläubiger, abgesehen von einer Feststellung seiner Forderung, für diese vor der Eröffnung oder während der Dauer des Kv. einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Gemeinschuldner erlangt hat, wurden nicht besonders geregelt. Mit dem Fortfalle der durch § 11 angeordneten Hemmung der Einzelvollstreckung finden auf einen solchen Schuldtitel, dessen Wirksamkeit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner durch das Kv. nicht berührt wird, die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Ob der Gemeinschuldner, wenn er einem K.-Gl. gegenüber mit der Behauptung durchdringt, dass dieser gar nichts zu fordern habe, seinerseits verlangen kann, dass er ihm das herausbezahle, was er aus der Masse erhalten habe, ist zweifelhaft, da er selbst nichts bezahlt hat, und wenn die Forderung zurückgewiesen worden wäre, der in Frage stehende Betrag nicht dem Gemeinschuldner, sondern den K.-Gl. zugeflossen wäre. Die Frage ist aber dennoch zu bejahen. Die Zahlung ist immerhin aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erfolgt und es würde sich dessen Schuldenmasse verringert haben, wenn die Forderung nicht angemeldet oder nicht zugelassen worden wäre. Der Gläubiger würde sich also ohne Rechtsgrund zum Nachteile des Gemeinschuldners bereichern, wenn er das mit Unrecht Empfangene behalten dürfte.[4]) Übrigens ist diese Frage nach den Grundsätzen über Bereicherungsklagen zu beurteilen.

[1]) A. M.: Fitting § 25 Anm. 23; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 449.

[2]) Endemann S. 580; v. Sarwey S. 743.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 299, 300 § 115 Text und Anm. 22; v. Sarwey S. 747; Stieglitz S. 598, 599; Schultze, Konkursr. S. 74; v. Völderndorff Bd. 2 S. 491, 492; Willenbücher S. 199 Nr. 3; v. Wilmowski S. 415 § 152 Nr. 3; O.-L.-G. Hamburg 26. April 1883, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 4 S. 252.

[4]) Meisner S. 332; v. Sarwey S. 746; v. Völderndorff Bd. 2 S. 493, 494. A. M.: Fitting § 12 Anm. 44; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 423; Stieglitz S. 599; v. Wilmowski S. 415 § 152 Nr. 3.

§ 153.

Wenn nach dem Vollzuge der Schlussverteilung Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind, für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfliessen, so sind dieselben von dem Verwalter nach Anordnung des Konkursgerichtes auf Grund des Schlussverzeichnisses zur nachträglichen Verteilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Verteilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichtes.

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlussverteilung oder der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.

(E. § 153; M. S. 386; K. S. 108, 183.)

1. Veranlassung und Gegenstand der Nachtragsverteilung.

Nachtragsverteilungen werden zwar durch die Vorschriften über die Schlussverteilung, durch die zwanglose Verwertung der Teilungsmasse und durch die leichtere Ausführung einer Verteilung auf ein geringes Maass zurückgeführt, lassen sich aber nicht gänzlich vermeiden. Sie können sowohl vor als nach der Beendigung des Kv. notwendig werden. Veranlassung zu einer Nachtragsverteilung ist nach der K.-O. nur dann gegeben, wenn sich „nach Vollzug der Schlussverteilung" eine neue Masse gebildet hat. Dies ist nicht so zu verstehen, dass dasjenige, was nach Abhaltung des Schlusstermines aber während des Vollzuges der Schlussverteilung in die Masse fliesst, nicht Gegenstand einer Nachtragsverteilung bilden könne. Vielmehr ist — für Abs. 1 wie für Abs. 2 — derjenige Zeitpunkt maassgebend, in welchem die Berechnung der Schlussdividende erfolgt ist (Bem. III. 1 zu §§ 149 ff. S. 473). Alle Beträge oder Vermögensstücke, welche später, d. h. nachdem der Vollzug der Schlussverteilung begonnen hat, ermittelt worden sind und deshalb bei der Schlussverteilung nicht berücksichtigt werden konnten, sind zur nachträglichen Verteilung zu bringen.[1] Wenn eine Schlussverteilung aus Mangel an Masse thatsächlich nicht stattgefunden hat (Bem. II. 4 zu § 149 ff.), so beginnt die Zulässigkeit einer Nachtragsverteilung, sobald die Mitteilung über Ermangelung der Schlussdividende an die K.-Gl. erfolgt ist.[2] Die erste Nachtragsverteilung ist dann der Sache nach die Schlussverteilung.

Gegenstand einer Nachtragsverteilung sind hiernach vor allem die gemäss § 155 zurückbehaltenen Beträge, welche endgültig als Bestandteil der Masse anzusehen sind, weil der Prozess zu Ungunsten des anmeldenden Gläubigers ausfiel, die auflösende Bedingung eintrat u. s. w., sowie diejenigen Beträge, welche aus einem andern Grunde, z. B. infolge einer Ersatzleistung des K.-V., der Zurückzahlung einer ohne Rechtsgrund erfolgten Zahlung in die Masse zurückflossen. Aber auch solche Gegenstände gehören hierher, welche bereits zur Zeit der K.-E. einen Bestandteil der Masse bildeten, jedoch beiseite geschafft worden waren. Eine Nachtragsverteilung kann dagegen nicht stattfinden, wenn eine vor

[1]) Endemann S. 565; Fitting § 43 Anm. 1; Stieglitz S. 601 ff. Nr. II.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 496; Willenbücher S. 200; v. Wilmowski S. 418. A. M. bezüglich des Falles in Abs. 2 Stieglitz S. 603 Nr. III.

[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 418.

der K.-E. vom Gemeinschuldner vorgenommene Veräusserung nach Aufhebung des Kv. von einem einzelnen Gläubiger mit Erfolg angefochten worden ist. Die vom Gemeinschuldner in anfechtbarer Weise veräusserten Gegenstände haben dadurch immerhin aufgehört, zu seinem Vermögen zu gehören (Bem. III. 2 zu § 22 S. 106 Anm. 2) und hätten nur Bestandteil der Masse werden können, wenn der K.-V. während des Kv. die Veräusserung mit Erfolg angefochten hätte. Durch die von einem Gläubiger vorgenommene Anfechtung, welche nur diesem einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr der veräusserten Sache verschafft, indem diese ihm gegenüber so behandelt wird, als ob sie noch zum Vermögen des Schuldners gehörte, wird sonach ein neuer „zur Masse gehöriger" Gegenstand nicht ermittelt (Bem. I. zu § 7 Anf.-Ges.).[1])

Aus der Fassung des Abs. 2 ergiebt sich, dass solche Bestandteile der Teilungsmasse, deren Vorhandensein bei der Schlussverteilung schon bekannt war, deren Verwertung aber zur Zeit nicht bewirkt werden konnte, nicht Gegenstand einer Nachtragsverteilung sein können. In der Reichstagskommission (K. S. 183) hatte v. Sarwey, um die Zulässigkeit einer nachträglichen Überweisung regelmässig wiederkehrender Leistungen festzustellen, beantragt, nach dem Worte „ermittelt" einzuschalten: „oder wiederkehrende Leistungen, welche nicht verwertet werden konnten, flüssig werden, sofern nicht anderes in den Schlussterminen beschlossen wurde." Der Antrag wurde aber mangels Unterstützung zurückgezogen. Vorher hatte Hagens hervorgehoben, dass der Entwurf gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkte wie das gemeine Recht stehe, insbesondere der Verkauf des Bezugsrechtes im ganzen gestattet sei, und dann noch bemerkt: „Werde der Konkurs aufgehoben, ohne dass die Gläubiger über die Veräusserung einen Beschluss gefasst haben, so fielen die Einkünfte wiederum dem Gemeinschuldner zu, seien aber auch dem Zugriff der alten und neuen Gläubiger unterworfen." Hiernach können Gegenstände, deren Vorhandensein bei der Schlussverteilung schon bekannt war, sofern nicht § 153 Abs. 1 zur Anwendung kommt, nicht mit Rücksicht auf einen anhängigen Prozess oder auf irgend einen andern Umstand, welcher den Aufschub der Verwertung wünschenswert macht, zum Zwecke einer nachträglichen Verteilung zurückbehalten werden. Vielmehr bleibt in solchen Fällen nur die Wahl, entweder die Schlussverteilung und damit die Aufhebung des Kv. zu verschieben oder die Gegenstände dem Gemeinschuldner zu überlassen.[2])

Auch Vermögensstücke, welche Gegenstand einer Nachtragsverteilung sein können, gelangen durch die Aufhebung des Kv. in die freie Verfügung des bisherigen Gemeinschuldners zurück. Dieser muss zwar wissen, dass solche Sachen zur gemeinschaftlichen Befriedigung der früheren K.-Gl. bestimmt sind; aber trotzdem ist eine durch ihn vorgenommene Veräusserung solcher Sachen nicht nichtig; durch die Veräusserung tritt vielmehr die Unmöglichkeit ein, die ursprünglichen Massegegenstände nachträglich als solche zu ermitteln. Demnach können auch einzelne Gläubiger des Gemeinschuldners aus derartigen Vermögensteilen ihre Befriedigung suchen.[3]) Ob das Verhalten des K.-Gl., der aus derartigen Gegenständen Befriedigung sucht, obgleich er weiss, dass es einen Bestandteil der früheren Konkursmasse bildete, als ein arglistiges anzusehen ist und deshalb der K.-V. das Recht hat, sich der Zwangsvollstreckung zu widersetzen oder auf Herausgabe des Erlöses zu klagen, ist nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht zu beurteilen. Ein dolus lässt sich aber nicht leicht konstruieren.[4])

[1]) A. M. anscheinend v. Wilmowski S. 418.

[2]) Meisner S. 333; v. Sarwey S. 751 Nr. 9; Stieglitz S. 603; Wengler S. 597. A. M.: Fitting § 43 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. 2 S. 500, 503; Willenbücher S. 200 Nr. 2c.

[3]) R.-G. (V.) 6. Nov. 1889 und 21. Jan. 1890, Entsch. Bd. 25 S. 7 ff.; Kohler S. 438 Anm. 2.

[4]) A. M.: R.-G. u. Kohler a. a. O.

2. Verfahren.

Die Nachtragsverteilungen gelten als Fortsetzung der Schlussverteilung. Deren Anordnung und die Prüfung der von dem K.-V. abzulegenden Rechnung ist dem Gerichte übertragen worden, weil der Gl.-A. und die Gl.-V. mit der Aufhebung des Kv. weggefallen sind. Die Anordnung der Verteilung kann von Amts wegen wie auf Antrag des K.-V. oder eines K.-Gl. erfolgen und erstreckt sich auch auf die Feststellung des Zeitpunktes der Verteilung wie auf diejenige des zu verteilenden Betrages. Die Anordnung ist nicht vom Ermessen des Gerichtes abhängig. Vielmehr haben die Beteiligten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu gegeben sind, darauf ein Recht. Wird die Nachtragsverteilung verweigert, so steht deshalb dem Antragsteller das Recht der Beschwerde zu.[1]) Gegen die Anordnung selbst kann der K.-V. Beschwerde erheben.[2]) Das Verzeichnis der teilnahmeberechtigten Forderungen (§ 150) ist auch für die Nachtragsverteilung maassgebend, jedoch mit der Einschränkung, dass Massegläubiger nicht schon durch den Schlusstermin, sondern erst durch die Bekanntmachung der Nachtragsverteilung ausgeschlossen werden. Eine Änderung oder Ergänzung des Schlussverzeichnisses wird hierdurch zwar nicht erforderlich. Aber an die im Verzeichnisse aufgeführten K.-Gl. kann erst dann etwas verteilt werden, wenn die nachträglich angemeldeten Masseforderungen befriedigt sind. Der Ausführung der Verteilung hat sich der frühere K.-V. in Fortsetzung seiner Thätigkeit zu unterziehen. Dafür kann ihm auch ein nachträgliches Honorar bewilligt werden. Sollte der frühere K.-V. oder dessen Stellvertreter verhindert sein, so ist vom Gerichte für diesen Zweck ein Vertreter zu bestellen. Wenn dagegen Verhältnisse vorliegen, welche während des Verfahrens die Ernennung eines neuen K.-V. rechtfertigen würden (Tod, Verlust der Ehrenrechte u. s. w.), ist ein solcher zu ernennen. Letztere Maassregel kann besonders im Falle des Abs. 2 von Bedeutung sein. Bezüglich der Art und Weise der Verteilung gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 154—156). Aber es braucht nur die nachträglich zu verteilende Summe bekannt gemacht zu werden. Daraus, dass die Verteilung auf Grund des frühern Schlussverzeichnisses erfolgt, ergiebt sich mit genügender Bestimmtheit, dass eine nochmalige Niederlegung des Verzeichnisses und eine wiederholte Bekanntmachung der Summe der Forderungen nicht zu erfolgen hat. Wird bekannt gemacht, dass eine bestimmte Summe nachträglich verteilt werden soll, so ist damit auch der Maasstab gegeben, nach welchem die Verteilung geschieht.

§ 154.

Der Vollzug einer jeden Verteilung erfolgt durch den Verwalter.

§ 155.

Die Anteile

1. auf Forderungen, welche infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruches im Prozesse befangen sind,
2. auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,
3. auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 141 Abs. 2 genügt ist,

[1]) Stieglitz S. 601; v. Völderndorff Bd. 2 S. 498; Willenbücher S. 201 Nr. 4; v. Wilmowski S. 419 Nr. 2. A. M.: Fitting § 43 Anm. 6; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 419.

[2]) A. M.: Fitting und Oetker a. a. O.

4. auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,

werden zurückbehalten.

§ 156.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlussverteilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichtes für Rechnung der Beteiligten zu hinterlegen.

(E. §§ 154—156; M. S. 386—388; K. S. 108.)

I. Vollzugsorgane.

Der Vollzug der Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen wurde dem K.-V. zugewiesen, weil es sich hierbei um einen Akt der Verwaltung handelt und mit dieser das Gericht nicht befasst werden sollte. Über die Ausführung der Verteilung bestimmt das Gesetz nichts. Von dem Vorhaben, Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle erteilen zu lassen und der Anweisung die Wirkungen der Zahlung beizulegen, wurde Abstand genommen, weil ein solcher Anweisungsverkehr ohne erhebliche Provision und Zinsvergütung sich kaum allgemein erwarten lasse und deshalb Anstand genommen werden müsse, den K.-V. zur Erteilung und das Publikum zur Annahme von Anweisungen zu zwingen (M. S. 387, 353). Selbstverständlich wird hierdurch die Benutzung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle behufs Vermittelung der Auszahlung der Dividenden nicht ausgeschlossen. Aber die Gläubiger können zur Annahme solcher Anweisungen nicht genötigt werden, sondern haben Anspruch auf Barzahlung.[1]) Dass sie nicht die Zusendung der ihnen zukommenden Beträge verlangen können, sondern diese bei dem K.-V. erheben müssen, ergiebt sich aus § 156. Wenn der K.-V. nicht zur Vollziehung der vom Gerichte genehmigten Verteilung schreitet, kann er hierzu durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 76). Den beteiligten K.-Gl. steht aber auch das Recht zu, gegen ihn Klage auf Vollziehung zu erheben.

II. Zurückzubehaltende Beträge.

1) Welche Forderungen bei den Verteilungen zu berücksichtigen sind, ergiebt sich aus den §§ 140—144 und 153. In § 155 wird nun vorgeschrieben, dass für gewisse Forderungen, welche nach den erwähnten Bestimmungen Anspruch auf Berücksichtigung haben, der auf sie treffende Anteil nicht ausbezahlt werden darf, sondern zurückbehalten werden muss (Bem. 2 zu § 135, Bem. II. zu §§ 139 ff., Bem. 1 zu § 153). Der in Z. 1 angegebene Zurückbehaltungsgrund kann mit einem der übrigen Gründe zusammentreffen.

2) Bezüglich derjenigen Forderungen, welche zufolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruches im Prozesse befangen sind, muss die Zurückhaltung sowohl dann stattfinden, wenn der anmeldende Gläubiger veranlasst ist, den Widerspruch durch Einleitung oder Aufnahme eines Prozesses zu beseitigen, als auch dann, wenn er einen vollstreckbaren Titel besitzt, welcher vom Gegner beseitigt werden muss (Bem. I. 1 und IV. zu § 134). Die Zurückhaltung dauert fort, bis der innerhalb der Ausschlussfrist eingeleitete Prozess beendigt worden ist. Sie ist auch dann geboten, wenn nur von einem oder gegen einen

[1]) Endemann a. a. O. S. 569; Fitting S. 341, 342 § 44 Nr. I. und Anm. 6; v. Sarwey S. 752; v. Völderndorff Bd. 2 S. 501; v. Wilmowski S. 420. A. M.: Stieglitz S. 605.

der Widersprechenden ein Prozess eingeleitet oder aufgenommen worden ist (Bem. II. 2 zu §§ 139 ff.). Liegt ein vollstreckbarer Titel nicht vor, so kann die Auszahlung überhaupt nicht erfolgen, soferne es dem anmeldenden Gläubiger nicht gelungen ist, jeden Widerspruch zu beseitigen und die Berichtigung der Tabelle zu erwirken (Bem. II. 1a zu §§ 129 ff. S. 431). Ist dies bis zur Schlussverteilung nicht gelungen, so wird der auf den anmeldenden Gläubiger treffende Betrag auch dann zur Verteilung an die übrigen K.-Gl. frei, wenn jener nur gegen einen der Widersprechenden Klage erhoben und in diesem Prozesse obgesiegt hat.[1]) Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn einer der Widersprechenden ein obsiegendes Urteil erlangt hätte. Wenn dem anmeldenden Gläubiger ein vollstreckbarer Titel oder ein Endurteil zur Seite steht (§ 134 Abs. 6), so erfolgt dagegen die Auszahlung, da § 155 in dieser Beziehung das einzige Hindernis bildet, sobald die Forderung nicht mehr im Prozesse befangen, also die Zurückbehaltung nicht mehr gerechtfertigt ist. Diese Unterscheidung ergiebt sich daraus, dass es in den Fällen des § 136 Abs. 6 Sache der Widersprechenden ist, ihren Widerspruch zu verfolgen und durch ein ihn für begründet erklärendes Urteil die Teilnahme des anmeldenden Gläubigers, welche durch den Widerspruch allein nicht ausgeschlossen wird, zu verhindern (Bem. IV. zu § 134). Auf die Zurückbehaltung haben die Widersprechenden in diesem Falle nur solange Anspruch, als bezüglich der Forderung noch ein Prozess anhängig ist. Es besteht deshalb hier ein dringendes Interesse daran, dass alle Widersprechenden sofort ihren Widerspruch verfolgen.

3) Auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, darf selbstverständlich eine Zahlung nicht geleistet werden. Soweit sie bei Abschlagsverteilungen nach § 142 Abs. 1 oder ungeachtet der Fortdauer der Ungewissheit, bei der Schlussverteilung aber nach § 142 Abs. 1 zu berücksichtigen sind, müssen sonach die Anteile zurückbehalten werden. Wenn die Bedingung ausfällt, werden die bei der Schlussverteilung zurückgehaltenen Beträge frei und gelangen gemäss § 153 zur nachträglichen Verteilung.

4) Die Beträge, welche bei einer Abschlagsverteilung nach § 141 Abs. 2 auf Forderungen von absonderungsberechtigten Gläubigern fallen, sind bis zur Schlussverteilung zurückzuhalten, werden aber, wenn bis dahin den Anforderungen des Gesetzes nicht genügt ist, für diese frei (§ 144). § 155 Z. 3 kann hiernach nur bei Abschlagsverteilungen Anwendung finden.

5) Forderungen unter auflösender Bedingung können nach § 59 geltend gemacht werden, wie wenn sie unbedingt wären. Wenn der Gemeinschuldner nach bürgerlichem Rechte oder nach dem Vertrage berechtigt war, für den Fall des Eintrittes der Bedingung Sicherheit zu verlangen, steht jedoch dieses Recht auch dem K.-V. zu. Solange diese Sicherheit vom Gläubiger nicht geleistet wurde, ist nach § 155 Z. 4 dessen Anteil zurückzuhalten. Jeden unter einer auflösenden Bedingung berechtigten Gläubiger zur Sicherstellung anzuhalten (§ 250 Z. 2 pr. K.-O.), wurde für ungerechtfertigt gehalten. § 155 Z. 4 kommt bei Abschlags- wie bei Schlussverteilungen zur Anwendung. Nach Eintritt der Bedingung werden die zurückgehaltenen Beträge frei und unterliegen, wenn die Schlussverteilung schon stattgefunden hat, einer Nachtragsverteilung (§ 153).

III. Hinterlegung. (§ 156.)

1) Hinsichtlich der bei einer Abschlagsverteilung zurückgehaltenen Beträge ist die Art und Weise, in welcher mit den zurückgehaltenen Summen zu verfahren ist, nicht besonders geregelt. Ob und wie sie zu hinterlegen sind, richtet sich deshalb nach den gemäss § 120 gefassten Beschlüssen. Findet eine Hinterlegung statt, so geschieht sie auf Rechnung der Masse. Auf die von der Hinterlegungsstelle vergüteten Zinsen haben deshalb die Gläubiger, deren Anteile zurückgehalten werden, keinen Anspruch. Die bei der Schlussverteilung zurückbehaltenen Beträge sind dagegen nach § 156, wie die nicht erhobenen

[1]) v. Sarwey S. 753, 754; Stieglitz S. 606, 607.

Beträge, für Rechnung der K.-Gl. zu hinterlegen, denen sie zugewiesen wurden. Die vergüteten Zinsen kommen sonach diesen Gläubigern zugut. Die zurückbehaltenen Gelder werden in der Regel bei der zu Hinterlegungen bestimmten Kasse oder Behörde hinterlegt. Um einerseits den Beteiligten eine freiere Bewegung zu gestatten, andererseits für die Auszahlung der Beträge an die Berechtigten oder deren Verwendung zu einer nachträglichen Verteilung (§ 153) eine Überwachung des K.-V. zu sichern, übertrug jedoch § 156 die auf die Hinterlegung bezüglichen Anordnungen dem Konkursgerichte.

2) Die Hinterlegung kann sowohl von Amts wegen als auf Antrag des K.-V. oder eines beteiligten K.-Gl. angeordnet werden. Diese Anordnung ist regelmässig nach Beendigung des Schlusstermines zu treffen, nachdem das Schlussverzeichnis berichtigt ist und demnach feststeht, welche Beträge zurückzubehalten sind. Da die Hinterlegung auch dadurch veranlasst werden kann, dass die einem K.-Gl. bei einer Abschlagsverteilung oder bei der Schlussverteilung zugewiesenen Beträge von ihm nicht erhoben wurden, braucht die Maassregel aber nicht notwendig bis zur Erledigung der Schlussverteilung verschoben zu werden.[1]) Ebensowenig ist es notwendig, dass die auf die zurückzubehaltenden Beträge bezügliche Anordnung von derjenigen getrennt wird, welche sich auf die nicht erhobenen Beträge bezieht. Eine solche Trennung kann durch die Verhältnisse geboten sein, muss aber nicht notwendig erfolgen. Bei Nachtragsverteilungen hat § 156 entsprechende Anwendung zu finden.

3) Auf die in § 156 vorgeschriebene Anordnung haben die Beteiligten, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind, ein Recht. Auch haben sie ein Interesse daran, dass die Hinterlegung sachgemäss erfolgt, d. h. jede Gefahr eines Verlustes thunlichst ausgeschlossen und eine angemessene Verzinsung erstrebt wird. Gegen die Anordnung, dass die Hinterlegung bei einer bestimmten Kasse oder Person stattzufinden hat, steht deshalb dem K.-V. wie den beteiligten K.-Gl. sofortige Beschwerde zu (§ 66)[2]). Beteiligt sind in dieser Beziehung alle bei der Verteilung berücksichtigten Gläubiger, weil sie wegen der spätern Verteilungen, insbesondere einer etwaigen Nachtragsverteilung, ein Interesse daran haben, dass die Hinterlegung in angemessener Weise erfolge. Wird die Hinterlegung ungeachtet des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen unterlassen, so liegt eine Zuwiderhandlung gegen § 156 vor. Gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Hinterlegung ist gleichfalls Beschwerde zulässig.[3])

4) Die Vollziehung der gemäss § 156 erfolgten Anordnung kann, soweit es sich um zurückbehaltene Beträge handelt, sofort erfolgen. Dagegen darf eine Hinterlegung der nicht erhobenen Beträge natürlich erst dann vorgenommen werden, wenn die Verteilung durchgeführt ist und sich dabei ergeben hat, dass einzelne K.-Gl. die ihnen zugewiesenen Beträge nicht erhoben haben. Da die Hinterlegung gemäss § 156 für Rechnung der Beteiligten erfolgt, denen auch die Zinsen zufallen, muss jeder Bezugsberechtigte die Kosten tragen, welche durch Hinterlegung des für ihn bestimmten Betrages entstanden sind. Die zurückbehaltenen Anteile bleiben solange hinterlegt, bis das der Auszahlung im Wege stehende Hindernis weggefallen ist, oder die Beträge für eine Verteilung frei geworden sind. Die nicht erhobenen Beträge bleiben dagegen hinterlegt, bis sie vom Berechtigten erhoben werden oder dessen Bezugsrecht erloschen ist. Wann diese Erlöschung eintritt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Das Gericht ist, soweit nicht eine gesetzliche Vorschrift dies zulässt, keineswegs berechtigt, die Gläubiger unter Androhung des Verlustes zur Erhebung der Beträge aufzufordern und nach Ablauf der gesetzten Frist die nicht erhobenen Beträge verteilen zu lassen.[4])

[1]) So anscheinend Fitting § 44 Anm. 14.

[2]) Endemann S. 572; v. Völderndorff Bd. 2 S. 510 Nr. I.; Willenbücher S. 202, v. Wilmowski S. 422. A. M.: Fitting § 44 Anm. 15; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 420.

[3]) A. M.: Fitting a. a. O.

[4]) A. M. nur Hullmann S. 303.

§ 157.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichts unabhängig von den Verteilungen leisten.

(E. § 157; M S. 388 und 373; K. S. 108).

Die Vorauszahlung an die bevorrechtigten K.-Gl., welchen kein Anspruch darauf zusteht, früher als die andern Gläubiger befriedigt zu werden, wurde dem K.-V. aus Billigkeitsrücksichten gestattet (Bem. 1 zu §§ 137 ff.). Sie soll aber nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass dadurch die Befriedigung der gleich oder besser berechtigten Gläubiger nicht gefährdet wird, und ist deshalb an die Genehmigung des Gerichtes gebunden, Vorausgesetzt wird, dass die Forderung der bevorrechtigten Gläubiger festgestellt worden ist. Die Beteiligten haben zwar kein Recht darauf, dass das Gericht den K.-V. zur Vornahme der Zahlungen ermächtige. Sie können aber diese Ermächtigung beantragen und beanspruchen, dass über ihren Antrag entschieden werde. Die Zurückweisung ihres Antrages können sie deshalb mit der sofortigen Beschwerde anfechten (Bem. III. 2 zu § 66).[1]) Gegen die Erteilung der Ermächtigung können nur solche Gläubiger Beschwerde erheben, welche durch die Vorausbezahlung gefährdet werden, also Massegläubiger oder solche bevorrechtigte K.-Gl., welchen ein gleicher oder besserer Anspruch zusteht. Die Vorausbezahlung kann auch von vorausgehender Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

§ 158.

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Maassgabe des § 47 Abs. 3 hinterlegt worden sind, fliessen zur Konkursmasse zurück, sofern nicht bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist für die Schlussverteilung dem Verwalter der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

(E. § 158; M. S. 389; K. S. 108).

§ 158 bezieht sich auf die Sicherheit, welche nach § 47 Abs. 3 dem bedingt zur Aufrechnung berechtigten Gläubiger gestellt werden muss. Der in § 142 Abs. 2 für aufschiebend bedingte Konkursforderungen aufgestellte Grundsatz, der sich auf jede Geltendmachung einer aufschiebend bedingten Forderung bezieht, wird dadurch auch für den Anspruch des bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers zur Geltung gebracht. Demgemäss erlischt die Befugnis des Gläubigers zur Aufrechnung, sofern er nicht bis zum Ablaufe der für die Schlussverteilung festgesetzten Ausschlussfrist dem K.-V. den Eintritt der Bedingung nachweist, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu seiner Sicherstellung verpflichtet war. Daraus ergiebt sich, dass die zur Leistung der Sicherheit hinterlegten Beträge für die Masse frei werden.

§ 159.

Masseansprüche, welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlusstermines oder der Be-

[1]) Stieglitz S. 611; Willenbücher S. 203 Nr. 2; A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 493.

kanntmachung einer Nachtragsverteilung zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind, können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist, oder den Gegenstand der Schlussverteilung oder der Nachtragsverteilung bildet.

(E. § 159; M. S. 389; K. S. 108, 109, 111.)

1) Durch § 159 wird das in § 140 bezüglich der K.-Gl. durchgeführte System der thatsächlichen Ausschliessung zum Abschluss gebracht, indem ähnliche Vorschriften hinsichtlich der Massegläubiger (§§ 50 ff.) gegeben werden. Dadurch wird zugleich die Ausschliessung der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten geregelt, da sich deren Ansprüche, falls die betreffenden Gegenstände in der Masse nicht mehr vorhanden sind, in Masseforderungen umwandeln (Bem. III. 1 zu §§ 139 ff. S. 462). Die Ausschliessung tritt in verschiedenen Zeitpunkten ein, je nachdem es sich um eine Abschlagsverteilung oder um eine Schlussverteilung oder Nachtragsverteilung handelt. Sie erstreckt sich immer nur auf denjenigen Massebestand, auf dessen Verteilung die K.-Gl. durch die Festsetzung des Prozentsatzes (§ 147) oder durch die Beendigung des Schlusstermines oder durch die Bekanntmachung der Nachtragsverteilung (§§ 150 und 153) ein Recht erworben haben. Ergeben sich später weitere Bestände, die zur Verteilung kommen können, oder wird ein Teil der zur Verteilung bestimmten Masse nachträglich für eine spätere Verteilung frei (§§ 144, 153), so sind die von der frühern Verteilung ausgeschlossenen Massegläubiger hieraus zu befriedigen. Soweit es sich um die Festsetzung des Prozentsatzes für eine Abschlagsverteilung handelt, genügt es zur Ausschliessung nicht, dass der K.-V. sich über die Höhe des Prozentsatzes schlüssig gemacht hat. Vielmehr tritt diese Ausschliessung nur ein, wenn der Prozentsatz den K.-Gl. gemäss § 147 Abs. 2 mitgeteilt worden ist. Die Beendigung des Schlusstermines erfolgt in dem Augenblicke, in welchem er für geschlossen erklärt wird (§ 127 C.-P.-O.). Eine vorher erfolgte Anmeldung der Masseforderung verhindert sonach die Ausschliessung und kann eine Abänderung der Schlussrechnung zur Folge haben. Eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142 C.-P.-O.) zum Zwecke der nachträglichen Berücksichtigung eines Massegläubigers ist aber unstatthaft. Bezüglich der Frage, ob die erst nach Beendigung des Schlusstermines zur Entstehung gelangten Masseansprüche bei einer Nachtragsverteilung berücksichtigt werden sollen, schloss sich die Kommission der Auffassung von Hertz an, welcher bemerkte: „Es würden drei Fälle der thatsächlichen Ausschliessung unterschieden. Ausschliessung erstens von dem Betrage, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich sei, zweitens von dem Betrage, welcher den Gegenstand der Schlussverteilung, drittens von demjenigen, welcher den Gegenstand der Nachtragsverteilung bilde. Im erstern Falle (Abschlagsverteilung) sei die Präklusion angedroht, wenn der Anspruch nicht bis zur Festsetzung des Prozentsatzes, im zweiten Falle (Schlussverteilung) wenn er nicht bis zur Beendigung des Schlusstermines zur Kenntnis des Verwalters gelange. Für den dritten Fall (Nachtragsverteilung) sei der Zeitpunkt, bis zu welchem der Anspruch zur Kenntnis des Verwalters gelangen müsse, nicht ausdrücklich angegeben." Um diesen Zeitpunkt genau zu bestimmen, wurde die Fassung des § geändert und wurden die Worte „oder der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung" beigefügt (K. S. 108, 109, 111). Ehe der K.-V. eine Nachtragsverteilung vornimmt, muss er jedenfalls die ihm bekannten Masseansprüche befriedigen, soweit dies noch nicht geschehen ist.

2) Damit der Anspruch eines Massegläubigers gewahrt und die Ausschliessung verhindert wird, genügt es, wie sich aus dem Gesetze deutlich ergiebt, dass er in dem entscheidenden Zeitpunkte thatsächlich zur Kenntnis des K.-V. gelangt war, auch wenn eine förmliche Geltendmachung desselben nicht erfolgte. Die in § 126 vorgesehene An-

meldung ist nur für Konkursforderungen vorgeschrieben (Bem. 1 und 2 zu § 50). Der K.-V. hat hiernach bei eigener Verantwortlichkeit dafür Sorge zu tragen, dass die Beträge, welche zur Berichtigung der zu seiner Kenntnis gelangten Masseansprüche erforderlich sind, von der Verteilung ausgeschlossen bleiben. Kann der Massegläubiger beweisen, dass sein Anspruch rechtzeitig zur Kenntnis des K.-V. gelangte, so kann er diesen, wenn die Verteilung trotzdem ausgeführt und er dadurch ausgeschlossen wurde, dafür haftbar machen.[1]) Ausserdem hat er Anspruch darauf, dass er aus dem auf die Konkursforderungen ausbezahlten Betrage befriedigt werde, und kann diesen Anspruch den befriedigten K.-Gl. gegenüber geltend machen.[2]) Der K.-V. muss allerdings darauf bedacht sein, dass ihm nicht ein Teil der Massekosten unbekannt bleibt, und ist regelmässig in der Lage, diese zu kennen. Aber es kann von ihm nicht verlangt werden, dass er die Möglichkeit einer Nachforderung von Gerichtskosten (§ 5 G.-K.-G.) berücksichtige und deshalb einen bestimmten Betrag zurückbehalte.[3]) Dass der Massegläubiger, welcher aus der Masse Befriedigung nicht erlangen konnte, seine Forderung nach Beendigung des Kv. dem Gemeinschuldner gegenüber geltend machen kann, wurde in der Reichstagskommission (K. S. 109) von Hagens bestätigt, ohne dass dieser Widerspruch erfuhr (vgl. auch Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.).

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

(§§ 160—187.)

Vorbemerkungen.

1) Bei der Auffassung, dass das Kv. ein Übel sei und der Zw.-V. deshalb die Bestimmung habe, das schwebende Verfahren baldmöglichst wieder zu beseitigen, wird verkannt, dass die Zahlungsunfähigkeit und der durch sie eingetretene ungesunde Zustand das eigentliche Übel und das Kv. zu dessen Beseitigung bestimmt ist. In vielen Fällen verdient aber ein Zw.-V. den Vorzug vor der Durchführung des regelmässigen Verfahrens (M. S. 390, 391). Ein solcher ist besonders am Platze, wenn ein erhebliches Vermögensstück gar nicht oder nur schwer zu verwerten ist, oder wenn Zweifel über das Bestehen oder die Art erhobener Ansprüche die Höhe der Befriedigung ungewiss machen. Ausserdem erfordert die völlige Durchführung des Kv. einen grossen Zeit- und Kostenaufwand, dessen Verringerung den von den K.-Gl. zu erlangenden Anteil erhöht. Je länger das Verfahren dem Schuldner die Verfügung über sein Vermögen entzieht, desto mehr wird seine Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit gehemmt oder zerstört. Giebt ein Vergleich ihn eher und unversehrter der freien Geschäftsthätigkeit zurück, so lassen Dritte sich leichter bereit finden, für ihn Opfer zu bringen. Ja die K.-Gl. können dadurch gewinnen, dass der Schuldner befähigt wird, in erneuerter Geschäftsverbindung mit ihnen die Verluste auszugleichen. Auch im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse kann es wünschenswert sein, dass die, selten auf die Person des einen Schuldners beschränkte, oft weite Kreise ergreifende Verkehrsstockung möglichst rasch wieder gehoben wird. Mit Rücksicht darauf wurde der Zw.-V. nicht bloss als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmässiger Ausgang des Verfahrens behandelt. Der Weg des Zw.-V. ist zwar nicht wie derjenige der Verteilung auf jeden einzelnen Fall anwendbar. Er erscheint aber, wo er betreten werden kann, als der vorteilhaftere für alle Beteiligten. Die durch den Zw.-V. erwachsenen Kosten sind übrigens keine Massekosten (Bem. II. 1 zu § 51).

[1]) Fitting § 41 Anm. 14 und die Kommentare; Ldg. Metz 16. Dez. 1884 u. 10. April 1885, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 10 S. 119, 458.

[2]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 2 S. 519.

[3]) Ldg. Colmar 16. Dez. 1887, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 179.

2) Angesichts der erwähnten Vorteile hat die K.-O. nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes und der meisten neuern Gesetzgebungen Zwangsvergleiche zugelassen, welche, obwohl nur von einer Mehrheit der K.-Gl. angenommen, unter gewissen Voraussetzungen auch für die nicht zustimmenden Gläubiger bindend sind. Dies kann zwar nicht damit begründet werden, dass der „Konkursanspruch" eine rechtliche Gemeinschaft unter den einzelnen Gläubigern herbeiführe (M. S. 392); denn ein besonderer materiell-rechtlicher „Konkursanspruch" besteht ebensowenig wie eine Rechtsgemeinschaft unter den K.-Gl. (Bem. I. 1 und 2 zu § 2). Aber die oben dargelegten Bedürfnisse des Lebens, denen die theoretischen Bedenken weichen mussten, rechtfertigen die getroffenen Vorschriften vollständig. Wie es auch sonst vielfach der Fall ist, hat das Interesse der Gesamtheit dazu geführt, dass der Wille des einzelnen zurücktreten muss und dass der von der Mehrheit der K.-Gl. abgeschlossene Vertrag kraft Gesetzes auch für die übrigen bindend ist.

Der „Zwangsvergleich" setzt nicht voraus, dass ein Dritter für den Gemeinschuldner eintritt; vielmehr wird er zwischen den K.-Gl. und dem Gemeinschuldner abgeschlossen (§ 160). Ebensowenig muss vorher eine Versilberung der Masse stattgefunden haben. Es ist zwar zulässig, dass vor Abschluss des Zwangsvergleiches die Masse verwertet und damit dessen Erfüllung gesichert wird. Aber weder ist dies notwendig, noch soll es nach der K.-O. die Regel bilden. Da der Zwangsvergleich den Gemeinschuldner befähigen und anspornen soll, die grösstmögliche Befriedigung zu gewähren und den K.-Gl. die Wiederaufnahme der Geschäftsverbindung mit ihm zu erleichtern, soll ihm womöglich das laufende Geschäft und das vorhandene Besitztum erhalten werden. Diese Erhaltung bestimmt denn auch vornehmlich Verwandte und Freunde, für den Schuldner Opfer zu bringen. Der für den Gemeinschuldner aus dem Zwangsvergleiche erwachsende Vorteil besteht darin, dass er durch die Übernahme der darin festgestellten Verpflichtungen sofort, ohne dass erst deren Erfüllung abzuwarten ist, von seinen frühern Schulden entlastet wird. Auch denjenigen K.-Gl. gegenüber, welche gegen den Zw.-V. gestimmt haben, tritt diese Entlastung, nicht eine blosse Zwangsstundung, ein.

3) Mit Rücksicht auf die erwähnten Wirkungen des Zw.-V. wurde dessen Wesen in den Mot. (S. 396) in folgender Weise bezeichnet: „Der Accord muss seinem Wesen nach bestehen in einem Vergleiche über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens." Der „Zwangsvergleich" der K.-O. ist übrigens kein wirklicher Vergleich. Er hat nicht den Zweck, eine bezüglich der Ansprüche der Gläubiger bestehende Ungewissheit zu beseitigen oder einen Ersatz für die urteilsmässige Feststellung der Konkursforderungen zu gewähren. Vielmehr soll diese Feststellung dem Zwangsvergleiche, der gemäss § 160 erst nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines geschlossen werden darf, soweit dies ausführbar ist, vorhergehen. Auch kann nur derjenige auf Grund des Zw.-V. Ansprüche erheben, dessen Forderung festgestellt worden ist (Bem. II. 1 zu § 178 ff.). Gegenseitige Zugeständnisse brauchen hierbei nicht zu erfolgen. Der Gemeinschuldner selbst, der ohne den Zw.-V. für alle Forderungen haftbar bliebe, giebt an sich nichts auf, sondern gewinnt nur. Andererseits müssen auch die K.-Gl. nicht notwendig auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten (Bem. I. 1 zu §§ 178 ff.).[1])

Damit ein Zw.-V. zustande kommt, ist das Zusammentreffen von drei Rechtshandlungen erforderlich: 1. einer Willenserklärung des Gemeinschuldners (des Vergleichsvorschlags), 2. eines Beschlusses der Gl.-V. und 3. der Bestätigung des Zw.-V. durch das Gericht. Fehlt eine dieser drei Willenserklärungen, so kann der Zw.-V. nicht zur Ent-

[1]) Eccius Bd. 1 S. 813, 814 § 120; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 38 ff.; Schultze, Konkursr. S. 119 ff. und in Goldschmidts Z. Bd. 25 S. 350; v. Völderndorff Bd. 2 S. 522 ff.; v. Wilmowski S. 426 Nr. 2.

stehung gelangen.[1]) Diese Thatsache berechtigt aber nicht dazu, dessen Vertragsnatur zu leugnen und ihn als ein Urteil zu bezeichnen.[2]) Bei dieser letztern Auffassung wird übersehen, dass die Bestätigung des Zw.-V. nicht eine selbständige Entscheidung über den in Frage stehenden Gegenstand enthält, sondern bloss feststellt, dass die Voraussetzungen vorliegen, von denen das Gesetz die Wirksamkeit der Willenserklärungen des Gemeinschuldners und der K.-Gl. abhängig macht. Ausserdem ist hierbei nicht beachtet, dass die letzteren mindestens von gleichem Werte sind wie der Gerichtsbeschluss, der diese Willenserklärungen voraussetzt und ihnen bindende Kraft verleiht. Die Äusserungen der K.-Gl. dienen nicht bloss zur „Information" des Gerichts, das sonst auch in der Lage sein müsste, auf Antrag einer Minderheit den Zw.-V. zu bestätigen und das Kv. aufzuheben. Vielmehr ist die Willenserklärung der Mehrheit entscheidend. Der Gerichtsbeschluss hat hier eine ähnliche Bedeutung wie die gerichtliche Bestätigung von Veräusserungen oder Teilungen, welche wegen der Beteiligung von Minderjährigen u. s. w. vorgeschrieben ist, und wie die Genehmigung einer Stiftung durch den Landesherrn oder durch eine Behörde. Auch hier können die Willenserklärungen ohne die dazu kommende Bestätigung oder Genehmigung rechtliche Wirkung nicht äussern. Deshalb haben sie aber doch als Willenserklärungen selbständige rechtliche Bedeutung und ist der bestätigende Beschluss nicht als Urteil anzusehen. Bei dem Zw.-V. ist die Bestätigung sogar von geringerer Bedeutung als bei manchen der andern Willenserklärungen, z. B. bei Stiftungen, weil der Richter nicht nach freiem Ermessen die Bestätigung versagen darf, sondern sie erteilen muss, sofern keine gesetzlichen Ausschliessungsgründe vorliegen (§§ 172, 173, Bem. II. 1 zu §§ 170 ff.). Diese Bestätigung hat, da sie bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen erteilt, andernteils aber versagt werden muss, eine wesentlich formale Bedeutung. Es wird dadurch lediglich festgestellt, dass der Zw.-V. zulässig ist und dass sich die erforderliche Mehrheit der Gläubiger dafür ausgesprochen hat. Der Zw.-V. beruht nicht bloss auf einem Vertrag, sondern er ist ein (gerichtlich bestätigter) Vertrag über die Befriedigung der K.-Gl. — nicht über die Aufhebung des Kv. Letztere tritt als gesetzliche Folge des Vertragsschlusses ein.[3]) Diese Auffassung steht auch allein im Einklang mit der Ausdrucksweise der K.-O. Nach § 160 wird der Zwangsvergleich „geschlossen" zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten K.-Gl. Ebenso wird in §§ 169, 170 von der Annahme des „Vergleichs" oder „Zwangsvergleichs", d. h. des von dem Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlages gesprochen. Diese Ausdrücke würden nicht zutreffen, wenn die Bestätigung durch das Gericht als der Zw.-V. anzusehen wäre. Vertragsteile sind einerseits der Gemeinschuldner, andererseits die einzelnen K.-Gl., welche zusammen die Mehrheit bilden. Die „Gläubigerversammlung" ist nicht vertragschliessender Teil, da sie ebensowenig wie die „Gesamtheit der Gläubiger" ein selbständiges Rechtssubjekt bildet. Das Eigentümliche des im Gesetze als Zw.-V. bezeichneten Vertrages besteht darin, dass er nicht nur zugunsten Dritter, nämlich der überstimmten oder an den Vergleichsverhandlungen oder am Verfahren nicht beteiligten Gläubiger wirkt, sondern dass auch diese Gläubiger durch den Vertrag gebunden und in ihren Rechten beschränkt werden, obgleich sie ihn nicht geschlossen haben. Diese Eigentümlichkeit und die dadurch veranlasste Notwendigkeit einer gericht-

[1]) V. insbes. Oetker a. a. O. S. 44, 62; Frankl, Konkurs d. off. Handelsges. nach österr. Recht S. 66 ff.

[2]) So Schultze, Konkursr. S. 120 ff. und in Goldschmidts Z. a. a. O. S. 351, 352; Deybeck in Grünhut Bd. 17 S. 360 ff.; Eccius a. a. O. und in Gruchot Bd. 30 S. 463; v. Wilmowski S. 426, 427, 432. Für die Vertragsnatur: Endemann S. 585 und 593; Fitting § 45 Anm. 6; Fuchs S. 143; Kohler S. 453 ff., 460, 461; Meves S. 170, 171; v. Sarwey S. 764 Anm. *; Stieglitz S. 616; v. Völderndorff Bd. 2 S. 527, 528; Wach, Handb. Bd. 1 § 6 Anm. 29; Wieding in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 Abt. 2 S. 1487.

[3]) Löhr in Buschs Z. Bd. 16 S. 388 ff.

lichen Bestätigung schliesst aber die Vertragsnatur nicht aus.[1]) Der Name „Zwangsvergleich" ist nicht ganz passend, da der Vertrag nicht die Natur eines Vergleiches hat. Die Bezeichnung „Zwangserlass" würde aber auch nicht zutreffend sein, da ein Nachlass überhaupt nicht zu dem wesentlichen Inhalte des „Zwangsvergleiches" gehört (Bem. I. 1 zu §§ 178 ff.) und von den zustimmenden Gläubigern freiwillig gewährt wird.

4) Mit Rücksicht auf die starken Wirkungen des Zw.-V. wurden zum Schutze der Gläubiger gegen das Zustandekommen leichtfertiger und schädlicher Vergleiche besondere Garantien für notwendig erachtet. Von der Auflegung eines besondern, vom Gemeinschuldner und den zustimmenden Gläubigern zu leistenden „Kollusionseides" wurde abgesehen, weil der Gemeinschuldner den Offenbarungseid leisten müsse, „Kollusionen" aber durch andere Beweismittel richtiger erforscht würden als durch allgemeine Eidesversicherungen (M. S. 398). Ebenso wurde von der Feststellung eines Mindestbetrages, welcher den Gläubigern geboten werden müsse, Umgang genommen. Dagegen wurde in den §§ 168, 169 dafür Vorsorge getroffen, dass der Zw.-V. auf sicherer Grundlage unter Einhaltung bestimmter, die Gläubiger schützender Formen mit einem die Interessen aller gleichmässig beachtenden Inhalte offen und lauter abgeschlossen werde. Ausserdem wurde im Interesse derjenigen Gläubiger, welche den Zw.-V. nicht angenommen haben, vorgeschrieben, dass er erst durch die gerichtliche Prüfung und Bestätigung Wirksamkeit erlange (§§ 170—173). Diese Bestätigung soll versagt werden, wenn der Zw.-V. dem gemeinsamen Interesse aller Gläubiger widerstreitet. Dagegen soll das Gericht nicht, wie nach der pr. K.-O. (§ 193), auch das „Interesse der öffentlichen Ordnung" wahren. Ferner soll die Prüfung, abweichend von den Bestimmungen der pr. K.-O., denen das Gesetz im allgemeinen folgt, in der Regel nicht von Amts wegen, sondern nur dann eintreten, wenn wenigstens von einem Gläubiger die Verwerfung beantragt wird (§§ 172, 173; M. S. 401, 402). Eine weitere Garantie für die Gläubiger liegt darin, dass der Abschluss eines Zw.-V. vom Gesetze für unzulässig erklärt wird, wenn der sachgemässe Abschluss oder die gerichtliche Bestätigung eines solchen von vornherein ausgeschlossen erscheint. Durch unfruchtbare Versuche soll das Kv. nicht verschleppt, die Befriedigung der Gläubiger nicht hingehalten und geschmälert werden (M. S. 400). Von der Aufstellung einzelner Rechtsvermutungen (pr. K.-O. § 193 Z. 2, Z. 4a und b) und ebenso von dem Verbot einer Wiederholung des Vergleichsverfahrens (pr. K.-O. § 189 Z. 3) wurde aber, weil solche Vorschriften den Interessen der Gläubiger widerstreiten, abgesehen und der freien Würdigung des einzelnen Falles durch das Gericht Raum gelassen (§§ 172, 173; M. S. 402, 403). Mit Rücksicht auf diese Beseitigung des Übermaasses gesetzlicher und richterlicher Fürsorge und zum Zwecke der Verstärkung der Selbstthätigkeit der Gläubiger wurde andererseits vorgeschrieben, dass der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners in allen Fällen einer Vorprüfung durch den Gl.-A. unterliege (§ 164).

Dafür, dass der Vergleich erfüllt wird, müssen die Gläubiger durch Pfandvertrag, Bürgschaft oder in anderer Weise, z. B. durch Einbehaltung oder sichere Verwaltung einzelner Gegenstände, durch Beaufsichtigung des Schuldners in dem Betriebe seines Geschäftes oder in der Erfüllung des Vergleiches oder endlich durch Übernahme bestimmter Vermögensstücke an Zahlungsstatt behufs eigener Verteilung u. s. w. sorgen. Da das Verfahren gesetzlich die Erfüllung nicht umfasst, soll es auch nicht erst nach geschehener Erfüllung aufgehoben werden (M. S. 396; Bem. 1 u. 3 zu §§ 175 ff.).

[1]) Ebenso in ausführl. Darstellung: Löhr, Buschs Z. Bd. 16 S. 385 ff., welcher jedoch eine Vielheit von Verträgen annimmt und die richterliche Bestätigung als Form auffasst. Löhr will S. 414, 415 einen wesentlichen Unterschied zwischen seiner und der hier vertretenen Auffassung darin finden, dass hier die Wirkung für und gegen Dritte aus dem Willen der zustimmenden K.-Gl. abgeleitet werde, während er sie aus dem Gesetze herleite. Dieser Unterschied besteht aber nicht; der Text kann nicht im ersteren, sondern nur im letztern Sinne verstanden werden.

5) Besonders wurde die Frage erwogen, ob auch ein Zwangsvergleichsverfahren ausserhalb des Konkurses, d. h. ein gerichtliches Verfahren zuzulassen sei, welches bestimmt ist, den Eintritt des Kv. abzuwenden (Moratorial-, Accord-, Ausgleichsverfahren, gerichtliche, Nachlass- oder Erlass-, Borg- oder Stundungsverhandlungen). Man entschied sich aber dafür, dass unter der Voraussetzung eines die freie Bewegung nicht hemmenden Kv. ein Zwangsvergleichsverfahren ausserhalb desselben teils überflüssig, teils unzulässig sei (M. S. 431—435). Diese Auffassung fand auch die Billigung der Reichstagskommission, welche sich mit allen gegen zwei Stimmen gegen die Aufnahme derartiger Bestimmungen erklärte (K. S. 126, 127).

§ 160.

Sobald der allgemeine Prüfungstermin abgehalten und so lange nicht die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt worden ist, kann auf den Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern ein Zwangsvergleich geschlossen werden.

(E. § 160; M. S. 403—406; K. S. 111; pr. K.-O. § 181.)

1. *Zeit für die Abschliessung des Zwangsvergleiches.*

Vor dem allgemeinen Prüfungstermine (§ 129) darf ein Zw.-V. nicht abgeschlossen werden, weil erst bis dahin eine gehörige Grundlage für einen solchen Vertrag gegeben und vorher eine Übersicht über die Masse und die teilnahmeberechtigten Gläubiger, sonach auch eine richtige Beurteilung der Vergleichsvorschläge nicht möglich ist. Von diesem Zeitpunkte ab bleibt es dem Gemeinschuldner vorbehalten, den nach Lage der Sache geeigneten Zeitpunkt auszuwählen. Das Gesetz verbietet übrigens nur, dass vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines der Zwangsvergleich abgeschlossen wird, nicht dass schon vorher durch den Gemeinschuldner ein Vergleichsvorschlag gemacht und dieser durch den Gl.-A. gemäss § 164 geprüft wird. Die Auffassung der Motive (S. 403), in welchen gesagt wird, dass sich der Zeitpunkt, „von welchem ab der Vorschlag und Abschluss eines Accordes zulässig erscheint,“ durch zweierlei Rücksichten bestimme, steht im Widerspruche mit der Vorschrift des § 167, nach welchem der Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbunden werden kann. Wird von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, so muss (nach § 166) der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Gl.-A. schon bei der Einladung zur Versammlung mitgeteilt werden.[1])

Dass die Schlussverteilung jeden Versuch eines Zw.-V. abschneidet, wurde im § ausdrücklich gesagt, weil nach dem bisher geltenden Rechte vielfach Streit darüber bestand, von welchem Zeitpunkte an die Schlussverteilung als eingetreten gelte und deshalb ein Zw.-V. ausgeschlossen sei. Nach der K.-O. (§§ 149, 138) ist der Augenblick entscheidend, in dem das Gericht die vom K.-V. beantragte Vornahme der Schlussverteilung genehmigt hat.[2]) Ist diese Genehmigung erfolgt (§ 149 Abs. 2), so muss jeder nachträglich vom Gemeinschuldner gemachte Vergleichsvorschlag zurückgewiesen werden. Ist der Vorschlag vor dieser Genehmigung eingereicht worden, so hat die Genehmigung der Schlussverteilung und die Anberaumung des Schlusstermines zu unterbleiben, bis über den Zw.-V. entschieden ist.[3]) Jedenfalls muss aber, selbst wenn das Gericht, weil es die Zurückweisung des Vor-

1) Fitting S. 352, 353 § 46 Nr. I.; Stieglitz S. 618; v. Wilmowski S. 428.

2) Ldg. Köln 13. Dez. 1888, Rheinpr. Amtsrichterzeit. Bd. 7 S. 168.

3) Fitting § 47 Anm. 2; Stieglitz S. 618; Wengler S. 608; v. Wilmowski S. 428 Nr. 2. Teilweise a. M.: v. Sarwey S. 771, 772 und v. Völderndorff Bd. 2 S. 534, 535

schlages erwartet, vorsorglicherweise den Schlusstermin festsetzt, der Vergleichsvorschlag in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise geprüft und beschieden werden. Der Abschluss des Zw.-V. wird nicht etwa unzulässig, wenn nach Einreichung des Vorschlages, aber vor dessen Erledigung die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt wird.[1])

2. *Personen, welche den Zwangsvergleich abschliessen.*

Die den Zwangsvergleich abschliessenden Teile sind der Gemeinschuldner und die zur Mehrheit gehörigen K.-Gl. (Vorbem. 3). Das Recht zu dessen Abschliessung steht im allgemeinen jedem, auch dem nichtkaufmännischen Gemeinschuldner zu. Nur für die in § 162 vorgesehenen Fälle und für die eingetragenen Genossenschaften sind Ausnahmen zugelassen (Reichsges. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgen. § 109 Abs. 1). Der Vergleichsvorschlag muss vom Gemeinschuldner auch dann ausgehen, wenn ein Dritter sich dessen annimmt, und von seiner Entscheidung das Zustandekommen des Zw.-V. abhängt. Auch ist der Gemeinschuldner immer derjenige, welcher den Vertrag abschliesst. Der Vorschlag ist bei dem Konkursgerichte einzureichen. Was die Gläubiger anbelangt, so müssen die Massegläubiger sowie die Absonderungsberechtigten und zwar letztere, soweit ihre Forderungen durch das Hypotheken-, Pfand- oder sonstige Absonderungsrecht gedeckt werden, ausserhalb des Zw.-V. bleiben. Sie sind weder berechtigt, an dessen Abschlusse teilzunehmen, noch unterliegen sie dessen Wirkungen. Der Zw.-V. hat es nur mit Beseitigung der Konkursverhältnisse zu thun, erstreckt sich also auch nur auf die K.-Gl. Soweit ein Absonderungsberechtigter auf seine Befugnis zur abgesonderten Befriedigung verzichtet, unterliegt er den Wirkungen des Zw.-V.[2]). Verzichtet er aber nicht auf das Absonderungsrecht, so kann der Zw.-V. nur hinsichtlich des Ausfalls wirken.[3]) Ein solcher Gläubiger kann sich sonach auch des in § 213 vorgesehenen Vergehens schuldig machen.[4]) Welches Stimmrecht den Absonderungsberechtigten zukommt, welche ihre Ausfallsforderungen im Kv. geltend machen, entscheidet nach § 88 das Gericht.

Dass die bevorrechtigten Gläubiger (§ 54), obgleich sie zu den K.-Gl. gehören, von den Wirkungen des Zw.-V. und deshalb auch von der Teilnahme an der Beschlussfassung ausgeschlossen wurden, hat darin seinen Grund, dass diese Gläubiger sich doch nicht dazu verstehen würden, von ihren Ansprüchen etwas aufzugeben, und dass es ungerecht sein würde, sie durch einen Beschluss der ihnen nachgesetzten Gläubiger hierzu zu nötigen. Zum Schutze der bevorrechtigten Gläubiger gegen eine infolge der Aufhebung des Kv. eintretende Benachteiligung dient § 176 Abs. 2.

§ 161.

Der Vergleichsvorschlag muss angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll.

(E. § 161; M. S. 406—408; K. S. 111.)

1) Aus § 165 ergiebt sich, dass der Vergleichsvorschlag schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären ist (vgl. § 463 Abs. 1 C.-P.-O.). Der Inhalt des Zw.-V. kann zwar erst in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung (§ 166)

1) v. Völderndorff Bd. 2 S. 534, 535; v. Wilmowski S. 428 Nr. 3. A. M.: v. Sarwey S. 771, 772.

2) R.-G. (IV.) 18. Febr. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 43 ff.

3) R.-G. (V.) 19. Nov. 1890, Bolze Bd. 11 Nr. 933.

4) O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 39; R.-G. (I. Strafs.) 4. Febr. 1889, ebenda S. 221.

festgestellt werden. Die Gläubiger sollen aber nicht genötigt sein, auf die blosse Erklärung des Gemeinschuldners hin, dass er ein Zwangsvergleichsverfahren beabsichtige, in ein solches einzutreten, weil es diesem sonst leicht sein würde, die Versilberung der Masse und den Fortgang des Verteilungsverfahrens in schädlicher Weise zu hemmen, jedenfalls den Gläubigern die für ihre Entschliessung unentbehrliche Vorlage und dem Verfahren die sichere Grundlage entzogen würde. Der Antrag des Gemeinschuldners muss einen bestimmten Vergleichsvorschlag enthalten. Da dieser Vorschlag als das Vertragsanerbieten angesehen wird, auf das sich die weitere Verhandlung und Abstimmung bezieht, und da die Gläubiger in der Lage sein sollen, sich darüber schlüssig zu machen, ob die Annahme des Zw.-V. für sie voraussichtlich günstiger sein wird als die Durchführung des Kv., muss der Gemeinschuldner bestimmt angeben, was er bietet, auf welche Weise er die Mittel zur Erfüllung seiner Verpflichtungen beschaffen will, ferner ob und in welcher Weise für die Erfüllung des Vergleiches Sicherheit geboten wird. Entspricht der Vorschlag des Gemeinschuldners den gesetzlichen Vorschriften nicht, so „muss“ er zurückgewiesen werden. Eine Erneuerung kann jedoch in jedem Augenblicke erfolgen und es ist dann dem Vorschlage Folge zu geben, wenn dessen Mängel verbessert worden sind. Auch ist es zulässig, dass der Konkursrichter, statt den Vorschlag ohne weiteres zurückzuweisen, den Gemeinschuldner zunächst auf die vorhandenen Mängel aufmerksam macht und zur Ergänzung auffordert. Wird der Vergleichsvorschlag nur wegen formeller Mängel zurückgewiesen, so ist er nicht im Sinne des § 163 „vom Gerichte verworfen“.[1]) Gegen die Zurückweisung steht auch in diesem Falle dem Gemeinschuldner sofortige Beschwerde zu. Für die Ausführung der vom Gemeinschuldner angebotenen Sicherheitsbestellung Vorsorge zu treffen (§ 200 pr. K.-O.) war nicht Aufgabe der K.-O. (M. S. 408).

2) Aus § 163 ergiebt sich, dass der Gemeinschuldner seinen Vergleichsvorschlag einseitig zurückziehen kann. Die Beantwortung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte er von dieser Befugnis Gebrauch machen darf, ist von der Entscheidung über die rechtliche Natur des Zw.-V. abhängig. Sieht man dessen Bestätigung als ein auf Grund einer prozessualischen Verhandlung ergangenes „Urteil“ und als die über die rechtliche Natur allein entscheidende Thatsache an, so muss man, da die Vorschriften über die Zurücknahme der Klage nicht anwendbar sind, die Zurücknahme des Vorschlages solange gestatten, bis eine richterliche Entscheidung erfolgt ist.[2]) Folgeweise müsste dann allerdings auch den Gläubigern gestattet werden, von ihrem Beschlusse zurückzutreten, bis der Zw.-V. bestätigt worden ist. Wird an der Vertragsnatur des Zw.-V. festgehalten, so ist der Vergleichsvorschlag als das Anerbieten zum Abschlusse des Vertrages anzusehen. Die Gläubiger müssen sich, solange sie den Vorschlag nicht angenommen haben, gefallen lassen, dass er zurückgezogen wird.[3]) Dagegen ist die Zurücknahme ausgeschlossen, sobald die Gl.-V. dem Vorschlage zugestimmt hat. Etwas anders als bezüglich der einfachen Zurücknahme des Vergleichsvorschlages liegt die Sache hinsichtlich der nachträglichen Abänderung der gemachten Anerbietungen. Günstigere Bedingungen darf der Gemeinschuldner den Gläubigern zwar jederzeit stellen. Dagegen kann er nicht ohne weiteres in dem Verhandlungstermine neue Vorschläge machen, welche für die Gläubiger ungünstiger als die bisherigen sind, und verlangen, dass darüber abgestimmt werde. Eine solche Abänderung ist vielmehr als Zurücknahme des bisherigen und Vorbringung eines neuen Vorschlages nach §§ 163, 165 zu behandeln. Dieses Verfahren ist umsomehr geboten, da einzelne Gläubiger vom Termine ferngeblieben sein können, weil sie mit dem gemachten Vorschlage ein-

[1]) Stieglitz S. 623 Anm. b; v. Völderndorff Bd. 2 S. 542.

[2]) So Eccius Bd. 1 § 120 Anm. 3 und v. Wilmowski S. 432 zu § 163.

[3]) Endemann S. 593; Fitting § 46 Text zu Anm. 3; Meves S. 172 Nr. 4; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 53; v. Sarwey S. 778 Nr. 6; Stieglitz S. 625 Anm. a; v. Völderndorff Bd. 2 S. 539.

verstanden waren, während sie die neuen Vorschläge nicht annehmen würden.[1]) Dritte Personen, welche ihre Bürgschaft oder sonstige Unterstützung versprochen haben, werden den Gläubigern gegenüber erst in dem Zeitpunkte gebunden, in welchem der Vergleichsvorschlag von der Gl.-V. angenommen worden ist.[2])

3) Wenn der Gemeinschuldner nach der Einreichung aber vor der Annahme des Vergleichsvorschlages stirbt, so kommt § 206 zur Anwendung. Der Vergleichsvorschlag wird sonach hinfällig, sofern nicht sämtliche Erben ihn annehmen.[3]) Stirbt der Gemeinschuldner, nachdem sein Vorschlag in der Gl.-V. angenommen worden ist, aber ehe das Gericht den Zw.-V. bestätigt hat, so ist der Vergleich, von dem der Gemeinschuldner, selbst wenn er noch lebte, nicht mehr zurücktreten könnte, auch für dessen Erben bindend, falls er vom Gerichte bestätigt wird. Der Tod des Gemeinschuldners ändert also nichts an der gegebenen Sachlage, schliesst insbesondere die Prüfung des Zw.-V. durch das Gericht nicht aus. Die Erben können sich jedoch gegen die persönliche Haftung dadurch schützen, dass sie von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch machen.

§ 162.

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig:

1. so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert;
2. so lange ein wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner eröffnetes Hauptverfahren oder wiederaufgenommenes Verfahren anhängig ist;
3. wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt worden ist.

(E. § 162; M. S. 408, 409; K. S. 111; pr. K.-O. § 189.)

1) Die im § aufgezählten Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit eines Zw.-V. beschränken sich auf solche allgemeine Umstände, welche die Annahme oder Bestätigung eines Vergleichsvorschlages ohne Rücksicht auf dessen Inhalt unbedingt ausschliessen (Vorbem. 4). Liegt einer der fraglichen Umstände vor, wenn der Vergleichsvorschlag gemacht wird, so ist dieser vom Gerichte zurückzuweisen. Tritt ein solcher Umstand später ein, so ist die gerichtliche Bestätigung (§ 170) zu versagen. Handelt es sich um das Kv. über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 198 ff.) oder über einen Nachlass (§§ 202 ff.), so ist der Zw.-V., da der Vorschlag von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. sämtlichen Erben oder Nachlassvertretern ausgehen muss (§§ 200 und 206), schon dann unzulässig, wenn bezüglich eines Gesellschafters oder Erben einer der in Frage stehenden Umstände vorliegt.[4]) Dürfte ein Zw.-V. mit dem Gemeinschuldner selbst nach § 162 nicht abgeschlossen werden, so steht dieser Umstand dem Abschlusse eines solchen mit den Erben nicht entgegen, wenn der Gemeinschuldner vor der Schlussverteilung gestorben ist. Es

[1]) Fitting § 47 Anm. 10; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 53; v. Völderndorff Bd. 2 S. 562 Anm. 11.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 541.

[3]) V. Endemann S. 593; Fitting § 46 Anm. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 540, 541.

[4]) Fitting § 46 Anm. 6 u. § 55 Anm. 12; v. Sarwey S. 854; Stieglitz S. 691 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. 2 S. 546, 691; Willenbücher S. 232 Nr. 2 u. S. 235 Nr. 6c; v. Wilmowski S. 431, 489, 495. A. M. hinsichtlich der Flucht der Nachlassvertreter: v. Sarwey S. 866 Nr. 2a; Stieglitz S. 682 und 701.

kommt nur darauf an, ob bezüglich der Personen, von welchen der Zw.-V. beantragt wird, die im § aufgezählten Thatsachen vorliegen, ihnen sonach die Vertrauenswürdigkeit fehlt, welche das Gesetz verlangt.[1])

Im Konkurse über eine eingetragene Genossenschaft konnte schon bisher nach § 196 Abs. 2 ein Zw.-V. überhaupt nicht stattfinden. Dasselbe gilt nach § 109 des Reichsges. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Dagegen enthält das Gesetz eine solche Vorschrift bezüglich der Aktiengesellschaft nicht. Auch ergiebt sich diese Unzulässigkeit nicht mittelbar aus der Vorschrift des Art. 242 Z. 3 H.-G.-B., nach welcher die A.-G. durch die K.-E. aufgelöst wird. Diese Vorschrift gilt auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 200 u. 123 Z. 1 H.-G.-B.) und doch lässt die K.-O. bezüglich der letztern den Zw.-V. (in den §§ 198 und 200) ausdrücklich zu. Dies erklärt sich daraus, dass durch die Auflösung die Selbständigkeit des Vermögens, auf welcher das Dasein der Gesellschaft beruht, nicht berührt wird und ungeachtet dieser Auflösung das Kv. über das Vermögen der A.-G. eröffnet werden kann (Bem. 2 zu §§ 193 ff.).

2) Mit einem flüchtigen Gemeinschuldner kann ein Zw.-V. nicht abgeschlossen werden. Als flüchtig ist jener nicht anzusehen, wenn er sich mit Erlaubnis des Gerichtes an einem andern Wohnorte aufhält (§ 93) oder wenn er zwar eine solche Erlaubnis nicht einholte, aber seine Entfernung durch die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (z. B. der Militärpflicht) veranlasst worden ist. In dem letztern Falle wird eine Anzeige an den K.-V. oder an das Gericht in der Regel genügen, um die Annahme, dass eine Flucht vorliege, auszuschliessen. Die Unzulässigkeit dauert übrigens nur solange, als der Gemeinschuldner flüchtig, nicht mehr, wenn er zurückgekehrt ist, weil gerade die Möglichkeit einen solchen Vergleich zu schliessen, den Gemeinschuldner häufig zur Rückkehr bestimmen und der Masse vorenthaltenes Vermögen zuführen kann. Das Versprechen der Rückkehr im Fall der Genehmigung des Zwangsvergleichs ist ohne rechtliche Bedeutung. Es ändert nichts an der Thatsache, dass der Gemeinschuldner flüchtig ist. Der Flucht des Gemeinschuldners steht die Verweigerung des Offenbarungseides gleich.

3) Die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts lässt ihn als jeden Vertrauens unwürdig erscheinen. Deshalb soll kein Gläubiger genötigt werden, sich ferner mit ihm einzulassen. Selbst der Umstand, dass der Zw.-V. für die Gläubiger vorteilhaft sein könnte, rechtfertigt dessen Zulassung nicht. Durch rechtskräftige Verurteilung wird ein Zw.-V. mit dem verurteilten Gemeinschuldner ein für allemal ausgeschlossen, auch falls dieser später begnadigt werden sollte. Jedoch gilt dies nur von derjenigen Verurteilung, welche mit dem in Frage stehenden Kv. zusammenhängt. Hat ein wegen betrüglichen Bankerutts Verurteilter nach Verbüssung seiner Strafe wieder ein Geschäft angefangen und ist neuerdings in Konkurs geraten, so ist die Vorschrift des § nicht anwendbar.[2]) Ausserdem ist ein Zw.-V. unzulässig, wenn wegen betrüglichen Bankerutts (§ 209) das Hauptverfahren gegen den Gemeinschuldner eröffnet worden ist (§§ 201, 270 St.-P.-O.). Diese Unzulässigkeit dauert fort, bis der Beschuldigte freigesprochen und das Urteil rechtskräftig geworden ist. Erst durch die rechtskräftige Freisprechung wird der Gemeinschuldner entlastet und der Zw.-V. wieder zulässig. Wird während der Dauer des wegen betrüglichen Bankerutts anhängigen Hauptverfahrens ein Vergleichsvorschlag eingereicht, so kann zwar die Gl.-V. durch Mehrheitsbeschluss den Antrag stellen, die Genehmigung der Schlussverteilung aufzuschieben, bis das Strafverfahren beendigt ist. Auch kann das Gericht einem solchen Antrage willfahren und veranlassen, dass hierüber Beschluss gefasst wird. Von Amts wegen oder auf Antrag des Gemeinschuldners kann das Gericht aber die Genehmigung

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 550.

[2]) Fitting § 46 Anm. 10; Meves S. 174; v. Völderndorff Bd. 2 S. 549, 550; Willenbücher S. 206; Ldg. Hamburg 26. Jan. 1881, Hans. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. 8 S. 71. A. M.: v. Wilmowski S. 421 Nr. 5.

der Schlussverteilung nicht aufschieben, denn die Gläubiger haben nach § 149 ein Recht darauf, dass diese Verteilung vorgenommen wird, sobald die Verwertung der Masse beendigt ist. Wird das durch ein solches Urteil abgeschlossene Verfahren wieder aufgenommen (§§ 399 ff. St.-P.-O.), so wird der Zw.-V. von neuem unzulässig. Durch ein Strafverfahren oder eine Verurteilung wegen einfachen Bankerutts (§ 210) wird dessen Zulässigkeit nicht berührt. Vielmehr bleibt es der Beurteilung der Gläubiger und dem pflichtmässigen Ermessen des Gerichtes überlassen (§ 173), welches Gewicht einer solchen Verurteilung oder Untersuchung beizulegen ist.

4) Liegt zur Zeit der Einreichung des Vergleichsvorschlages ein Ausschliessungsgrund vor oder ergiebt sich ein solcher nachträglich, so hat das Gericht den gemachten Vorschlag durch Beschluss abzulehnen und von dem weitern im Gesetze vorgesehenen Zwangsvergleichsverfahren abzusehen. Wird der Grund, welcher den Zw.-V. als unzulässig erscheinen lässt, so spät bekannt, dass der Vergleichstermin nicht mehr abbestellt werden kann, so ist der Beschluss im Termine bekannt zu geben. Eine Verhandlung und Abstimmung über den Vergleichsvorschlag findet auch in einem solchen Falle nicht statt, da dieser Vorschlag ungeachtet der Annahme durch eine genügende Gläubigermehrheit zurückgewiesen werden müsste. Vor der Entscheidung über die Frage, ob der Vorschlag zurückzuweisen ist, kann das Gericht gemäss § 67 Ermittelungen anordnen. Gegen den Zurückweisungsbeschluss steht dem Gemeinschuldner sofortige Beschwerde zu.

§ 163.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern kann das Gericht den Vergleichsvorschlag zurückweisen, wenn bereits in dem Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist.

§ 164.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen, so hat der Gläubigerausschuss sich über die Annehmbarkeit des Vorschlages zu erklären.

Erklärt der Gläubigerausschuss den Vorschlag nicht für annehmbar, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwertung der Masse nicht zu berücksichtigen.

(E. §§ 163, 164; M. S. 410, 411; K. S. 111; pr. K.-O. § 189 Z. 3.)

1) Die Wiederholung eines bereits abgelehnten oder zurückgezogenen Vergleichsvorschlages ist zwar zulässig, jedoch steht dem Gemeinschuldner nicht das Recht zu, die Gläubiger immer wieder mit bereits zurückgewiesenen Vorschlägen zu behelligen. Deshalb ordnet § 163 für den Fall der Wiederholung eines bereits verworfenen Vorschlages dessen Vorprüfung an und gestattet je nach Lage des Falles eine Zurückweisung des Vergleichsvorschlages und damit des Vergleichsverfahrens durch das Gericht. Dieses darf aber nicht von Amts wegen eingreifen, sondern soll nur darüber entscheiden, ob dem Vergleichsvorschlage oder einem diesem entgegengesetzten Antrage auf Zurückweisung stattzugeben ist.

Um die Wahrnehmung sowohl der allseitigen Interessen der Gläubiger als derjenigen des Gemeinschuldners möglichst zu sichern, verlangt die K.-O. den übereinstimmenden Antrag des Gl.-A. und des K.-V. Ist ein Gl.-A. nicht bestellt, so hat der Antrag vom Verwalter allein auszugehen. Das hier vorgesehene Verfahren greift auch dann Platz, wenn der frühere Vergleichsvorschlag vom Gerichte verworfen wurde und die Gründe der Verwerfung zugleich für den neuen Vorschlag zutreffen. Von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist hier, wie auch in den Mot. bemerkt wurde, nicht die Rede, weil der ablehnende Beschluss nur einer formellen, nicht einer materiellen Rechtskraft fähig ist. Eine nochmalige Prüfung ist auch deshalb zugelassen worden, weil „die Beurteilung der sich gleichgebliebenen Verhältnisse eine andere und richtigere geworden sein kann.“[1]) Gegen die Zurückweisung des Vorschlages steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu. Hat der K.-V. allein den Antrag auf Zurückweisung gestellt, so kann er jedenfalls allein Beschwerde einlegen, wenn seinem Antrage nicht entsprochen worden ist. Aber auch wenn ein übereinstimmender Antrag des K.-V. und des Gl.-A. auf Zurückweisung des Vorschlages abgelehnt wurde, ist formell jeder Antragsteller zur Beschwerde berechtigt. Daraus, dass der andere (z. B. der Gl.-A.) die Beschwerde unterlässt, folgt nicht ohne weiteres, dass er seinen Antrag zurückziehen will, denn dieses Verhalten kann auf ganz anderen Gründen beruhen.[2]) Die Antragsteller können unter allen Umständen eine Entscheidung über ihren Antrag verlangen, da sie nicht bloss ein Gutachten abzugeben haben, sondern einen förmlichen Antrag stellen dürfen, der eine Entscheidung notwendig macht (Bem. III. 2 zu § 66).[3])

2) Falls der Vergleichsvorschlag nicht auf Grund der §§ 161—163 zurückgewiesen wird, hat nach § 164 dessen Vorprüfung durch den Gläubigerausschuss einzutreten, sofern ein solcher bestellt worden ist. Der Ausschuss kann zwar dem Willen der einzelnen Gläubiger nicht vorgreifen und nicht über die Annahme des Vorschlages entscheiden. Er soll aber die Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlages begutachtend prüfen. Dem verneinenden Ausspruche wurde die rechtliche Wirkung beigelegt, dass er einen Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die fortschreitende Versilberung der Masse (§§ 121 Z. 1 und 122) entkräftet. Ausserdem wird die Vorprüfung in allen Fällen einen thatsächlichen Einfluss üben. Sie soll den einzelnen Gläubigern die Würdigung der Verhältnisse erleichtern und dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlages einen sichern Anhalt bieten. Ehe der Gl.-A. sein Gutachten abgiebt, kann er vom Gemeinschuldner (gemäss § 92) Auskunft über die in Betracht kommenden Verhältnisse verlangen. Auch ist er berechtigt, mit diesem und dem Dritten, welcher den Vergleich zustande bringen will, zu verhandeln und seinen Einfluss dahin geltend zu machen, dass der Vergleichsvorschlag eine annehmbare Gestalt erhalte (Bem. 3 zu §§ 165 ff.). Erklärt der Gl.-A. den Vorschlag nicht für annehmbar, so wird das Verfahren fortgesetzt und die Entscheidung der Gl.-V. eingeholt. Es muss aber dann (nach § 164 Abs. 2) vom K.-V. mit der Verwertung der Masse fortgefahren werden, wie wenn ein Vergleichsvorschlag nicht eingereicht worden wäre, während im andern Fall, vom Gericht die Fortsetzung der Verwertung vorläufig untersagt werden kann (§ 123 Abs. 2). Ob das Gericht ungeachtet der ablehnenden Äusserung des Gl.-A. die vom Gemeinschuldner beantragte Aussetzung des Vollzuges einer Abschlagsverteilung anordnen will, ist in sein Ermessen gestellt, somit nach Zweckmässigkeitsgründen zu beurteilen.[4])

Giebt der Ausschuss ungeachtet einer an ihn gerichteten Aufforderung ein Gutachten nicht ab, so kann das im Gesetze vorgesehene Verfahren trotzdem durchgeführt werden.

[1]) A. M. nur Hullmann S. 313.

[2]) Fitting § 46 Anm. 13; v. Völderndorff Bd. 2 S. 553 Anm. 11.

[3]) Stieglitz S. 626; v. Völderndorff a. a. O.; Willenbücher S. 207 Nr. 2; v. Wilmowski S. 432. A. M.: Fitting a. a. O.

[4]) Meves S. 175. A. M.: Fitting S. 356 § 46 Nr. 5 u. Anm. 15, sowie Willenbücher S. 207, welche annehmen, der Antrag sei unter solchen Umständen immer abzulehnen.

Wollte man dieses Verfahren als nichtig ansehen, weil das Gutachten des Gl.-A. fehlt, so könnte dieser Ausschuss durch Verweigerung des Gutachtens das Zustandekommen des Zwangsvergleiches hindern. Eine solche Befugnis steht ihm aber nicht zu.[1]) Sollte es das Gericht unterlassen haben, den Gl.-A. zur Abgabe eines Gutachtens aufzufordern, so würde eine Zuwiderhandlung gegen die für das Verfahren und den Abschluss des Vergleiches gegebenen Vorschriften vorliegen und deshalb § 172 Z. 1 zur Anwendung kommen. Eine Bestätigung des Zw.-V. darf in einem solchen Falle unzweifelhaft nicht erfolgen, ehe das Gutachten des Gl.-A. nachgeholt ist. Die Nachholung des Gutachtens allein genügt aber auch nicht, da dieses Gutachten den Gläubigern vor ihrer Abstimmung über den Vorschlag vorliegen soll. Es muss vielmehr, nachdem der Ausschuss sein Gutachten abgegeben hat und den Vorschriften des § 165 Genüge geschehen ist, neuerdings ein Vergleichstermin anberaumt werden (Bem. II. 2 zu §§ 170 ff.).

§ 165.

Der Vorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

§ 166.

Der Vergleichstermin soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Zu demselben sind unter Mitteilung des Vergleichsvorschlages und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden.

§ 167.

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern kann das Gericht den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbinden.

(E. §§ 165—167; M. S. 411—414; K. S. 111, 184; pr. K.-O. §§ 183, 184.)

1) Der Vergleichsvorschlag ist, wie jedes den Gang des Kv. bestimmende Gesuch, bei dem Gerichte einzureichen. Geschieht dies vor dem Schlusse des Prüfungstermines, so ist es Sache des Gemeinschuldners, die Feststellung der Einreichung zu beantragen, damit § 121 Z. 1 beobachtet wird. Ob die Vorprüfung des Vorschlages durch den K.-V. und durch den Gl.-A. schon vor der Einreichung an das Gericht seitens des Gemeinschuldners betrieben oder erst nach der Einreichung seitens des Gerichtes veranlasst wird, ist gleichgültig. In dieser Beziehung sind die Umstände des Falles entscheidend. Auch ist dem Gl.-A. und dem K.-V. der Weg der Verständigung unter sich und mit dem Gemeinschuldner (§ 92) anheimgestellt.

2) Zur Vorbereitung der Gläubiger auf den Vergleichstermin (Bem. 3) dient zunächst die in § 165 vorgeschriebene Niederlegung des Vergleichsvorschlages und der Er-

[1]) A. M. nur Hullmann S. 314 Nr. 1 zu § 166.

klärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei, ausserdem aber auch die Art der Bekanntmachung des Vergleichstermines und die Art und Weise, in welcher die zur Abstimmung berechtigten K.-Gl. vorzuladen sind. Dass Inventar und Bilanz gleichfalls auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen (§ 114), braucht in der Ladung nicht ausdrücklich bemerkt zu werden. Das Verlangen, auszugsweise eine Vermögensübersicht anfertigen und den Gläubigern zustellen zu lassen, wurde in den Mot. für unberechtigt erklärt, weil es ohne wesentlichen Nutzen sei, aber eine kostspielige Schreiberei verursachen würde. Bezüglich des Gemeinschuldners, als des betreibenden Teiles, sowie hinsichtlich des K.-V. genügt die öffentliche Bekanntmachung und ist eine besondere Ladung nicht notwendig (K. S. 184).

Ein besonderer Erörterungstermin zur Klarstellung der Stimmberechtigung der Gläubiger (§ 182 Abs. 3 pr. K.-O.) wurde mit Rücksicht auf §§ 87, 88 als überflüssig angesehen, weil mit der Prüfung jeder streitig gebliebenen und nicht inzwischen nach § 132 oder § 135 festgestellten Forderung über deren Zulassung zum Abstimmen durch das Gericht bereits entschieden ist, nach dem Prüfungstermine angemeldete Forderungen aber in der Regel noch vor dem Vergleichstermine zur Prüfung gebracht werden können (§§ 87 Abs. 1, § 130). Wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird es dem Richter nicht schwer fallen, die Entscheidung gemäss § 87 Abs. 2 noch vor der Verhandlung in dem Vergleichstermine zu treffen; die Gefahr einer ungenügenden Vorbereitung und demnach ungünstigen Entscheidung wird übrigens auch die Gläubiger vor zu späten Anmeldungen zurückschrecken. Im Vergleichstermine selbst brauchen Anmeldungen nicht angenommen zu werden (§ 127). Hiernach ist es möglich und zweckmässig, vor dem Vergleichstermine auf Grund der Tabelle ein Verzeichnis der stimmberechtigten Gläubiger vorzubereiten, welches freilich erst in dem Termine abgeschlossen werden kann (M. S. 413).

3) Die Beschlussfassung der Gläubiger über den der Vorprüfung unterworfenen Vergleichsvorschlag erfolgt in einem gerichtlichen Termine, dem Vergleichstermine, dessen Ergebnis die Grundlage für das weitere Verfahren bildet. Nur was in diesem Termine verhandelt ist, kann die Grundlage für die richterliche Bestätigung und die weitern rechtlichen Folgen bilden; was vorher geschehen ist, dient lediglich zur Vorbereitung des Ergebnisses. Nachträgliche Ergänzungen und Änderungen sind ohne Einfluss darauf. Darum dürfen nur diejenigen Erklärungen der Gläubiger für den Abschluss entscheiden, welche von ihnen oder für sie im Vergleichstermine abgegeben wurden. Vorschriften, welche das sogenannte „Kolportieren“ des Vergleichsvorschlages gestatten, wurden für schädlich gehalten, weil sich der einzelne Gläubiger ausserhalb der Verhandlung vielfach durch Überredung zu nicht erwogenem Beitritte gewinnen oder zur Ausbedingung besonderer Vorteile bestimmen lasse. Ebenso wurde von einer Vorschrift abgesehen, nach welcher das persönliche Erscheinen des Gemeinschuldners im Termine eine Vorbedingung für die Verhandlung bildet. Hierbei war einesteils maassgebend, dass der Gemeinschuldner sich seiner Verpflichtung zur Auskunftserteilung (§§ 92, 93) ohnedies nicht entziehen dürfe und sich auch im eigenen Interesse ohne Not dem Erscheinen nicht entziehen werde. Andernteils wurde erwogen, dass der Abschluss des Zw.-V. auf Grund des urkundlich festgestellten Vorschlages und die Verhandlung darüber durch einen Vertreter des Gemeinschuldners erfolgen könne und dass, ganz abgesehen von Krankheits- und Verhinderungsfällen, manchmal eine Vertretung des Gemeinschuldners für den Abschluss des Vergleiches förderlicher sei, als dessen persönliches Erscheinen (M. S. 412). Die Anwesenheit des Verwalters im Vergleichstermine ist nicht unbedingt erforderlich, weil er bezüglich des Zwangsvergleiches nicht den Schuldner zu vertreten hat (Bem. 5), sondern sich über den Vergleichsvorschlag nur gutachtlich äussern könnte und dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist.[1]) Dessen Anwesenheit ist

[1]) Endemann S. 597; Stieglitz S. 634 Anm. b; v. Wilmowski S. 434. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 560 lit. a Nr. II., welcher die Anwesenheit des K.-V. oder doch dessen Vertretung für notwendig hält.

aber unter allen Umständen, selbst wenn er vor dem Vergleichstermine ein Gutachten abgegeben haben sollte, wünschenswert, weil er am besten in der Lage ist, über die in Betracht kommenden Verhältnisse zuverlässige Auskunft zu geben.

4) Das Verfahren im Vergleichstermine gestaltet sich in folgender Weise: Der Richter eröffnet nach Feststellung der Stimmberechtigung der einzelnen Gläubiger die Verhandlungen über den Vergleichsvorschlag, welcher vom Gemeinschuldner oder vom K.-V. zu begründen ist.[1]) Daran reihen sich die etwaige gutachtliche Äusserung des K.-V. und die Mitteilung des schriftlichen Gutachtens des Gl.-A., das dessen Mitglieder noch mündlich erläutern können, sowie die Meinungsäusserungen der einzelnen Gläubiger. Der Richter hat dafür zu sorgen, dass der Vorschlag genau, vollständig und den gesetzlichen Bestimmungen gemäss sei, auch eine Abstimmung mit Ja und Nein, und im Falle der Annahme und Bestätigung eine Aufhebung des Kv. ermögliche. Die Befugnis, die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag durch Mehrheitsbeschluss bis zu einem neuen Termine auszusetzen (pr. K.-O. § 184 Abs. 3), ergiebt sich nach der K.-O. von selbst. Falls ausnahmsweise wegen ungenügender Aufklärung der Vergleichsvorschlag abgelehnt wird, ist dessen Wiederholung zulässig. Der wesentliche Hergang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichtes, eine Abänderung des Vergleichsvorschlages, die Abstimmung der Gläubiger und die Verkündung ihres Ergebnisses müssen in das Protokoll oder in eine Anlage hierzu aufgenommen werden; der Unterzeichnung durch die Beteiligten bedarf es nach den §§ 148, 149 C.-P.-O. nicht.

5) Zur Beschleunigung des Verfahrens beschränkt die K.-O. die Ladungsfrist auf einen Monat und gestattet dem Gerichte, auf übereinstimmenden Antrag des Gemeinschuldners und des Gläubigerausschusses, oder in Ermangelung des letztern auf den Antrag des Gemeinschuldners allein, den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine zu verbinden. Hierdurch wird es ermöglicht, ein Kv. gemäss §§ 126, 128 von der Eröffnung ab gerechnet in etwa zwei Monaten und im Falle des § 102 Abs. 2 in einem Monate durch Zw.-V. zu beendigen. Von dieser Befugnis wird jedoch mit Rücksicht auf eine möglichst zahlreiche Beteiligung der Gläubiger nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden dürfen. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes muss entgegen den Mot. (S. 412) ein Antrag des Gemeinschuldners verlangt werden und ist ein solcher des K.-V. überflüssig. Auch entspricht die Antragstellung durch den Gemeinschuldner der Sachlage, da der Vergleichsvorschlag gleichfalls nur von ihm ausgeht und lediglich ein Übereinkommen zwischen ihm selbst und den K.-Gl. in Frage steht, bezüglich dessen dem K.-V. die Vertretung des Gemeinschuldners nicht zusteht und eine entscheidende Stimme nicht eingeräumt worden ist.[2]) Der Gl.-A. soll die Interessen der K.-Gl. wahren. § 167 liefert bei dieser Auffassung eine weitere Bestätigung der Ansicht, nach welcher der K.-V. im Kv. nicht die Gläubiger oder die Konkursmasse als Rechtssubjekt, sondern den Gemeinschuldner vertritt (Bem. III. 1 zu § 5). Daraus erklärt es sich nämlich, dass er bei dem Zwangsvergleiche nicht notwendig mitzuwirken braucht, weil dieser seine Wirkungen erst nach Aufhebung des Kv. übt und deshalb der Gemeinschuldner seine darauf bezüglichen Interessen selbst zu wahren hat. Ein besonderer Nachteil wird übrigens, auch wenn ein Versehen vorliegen sollte, daraus nicht entstehen, da der Gemeinschuldner das dringendste Interesse hat, die Verhandlung über seinen Vorschlag zu beschleunigen, und das Gericht ohnedies in der Lage ist, den K.-V. zu hören und auf dessen Ansicht das ihr gebührende Gewicht zu legen. Auch wenn Gemeinschuldner, K.-V. und Gl.-A. die Verbindung der Termine bean-

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 562.

[2]) Fitting § 47 Anm. 4; v. Sarwey S. 782 Anm. *; Stieglitz S. 629 Anm. a; Willenbücher S. 209; v. Wilmowski S. 435. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 566 ff., welcher annimmt, dass sich in den Entwurf ein Druckfehler eingeschlichen habe und es statt „Gemeinschuldner" „Verwalter" heissen solle.

tragen, ist das Gericht nicht genötigt, deren Antrag zu entsprechen („kann“). Die Verbindung des Vergleichstermines mit einem besondern Prüfungstermine wird durch § 167 nicht berührt. Sie kann auch ohne Antrag erfolgen. Wird von ihr Gebrauch gemacht, so muss die Prüfung der Forderungen den Vergleichsverhandlungen vorausgehen, weil erst durch die Prüfung festgestellt wird, ob die betreffenden Gläubiger bei der Abstimmung über den Zw.-V. mitwirken dürfen.

Gegen die Abweisung des in § 167 vorgesehenen Antrages steht sofortige Beschwerde zu (Bem. 1 zu §§ 163 ff. a. E.). Dass die Entscheidung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, hat die Ausschliessung der Beschwerde nicht zur Folge, da diese nicht bloss dazu dient, Gesetzesverletzungen zu beseitigen.[1] Gegen die Verbindung der beiden Termine steht den einzelnen K.-Gl., welche übrigens hiervon erst durch die öffentliche Bekanntmachung Kenntnis erhalten, ein Beschwerderecht nicht zu, da sie hier durch den Gl.-A. vertreten werden und sich deshalb nicht beschweren können, wenn dessen Antrag entsprochen worden ist, oder sie einen Ausschuss nicht gewählt haben.[2] Nur wenn der Richter unter Verletzung des § 167 die Verbindung (von Amts wegen oder auf einseitigen Antrag) angeordnet haben sollte, wird auch den Gläubigern ein Beschwerderecht zustehen.

§ 168.

Der Vergleich muss allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welche diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.

(E. § 168; M. S. 407, 408; K. S. 111; pr. K.-O. § 186 Z. 3.)

1) Für den Inhalt eines jeden Zw.-V. verlangt die K.-O. unbedingte Gleichstellung aller davon betroffenen Gläubiger. Er darf der Mehrheit nicht andere Rechte gewähren als der Minderheit, den abstimmenden Gläubigern nicht andere als den ausbleibenden, den bekannten nicht andere als den unbekannten, und zwar ebensowenig höhere Prozentsätze wie bessere Bedingungen oder grössere Sicherheit. Auch ein Dritter, welcher den Gemeinschuldner bei Abschluss des Zw.-V. unterstützen will, kann nicht in rechtswirksamer Weise ein Abkommen treffen, durch welches einzelne Gläubiger benachteiligt werden, sonach der in § 168 aufgestellte Grundsatz verletzt wird.[3] Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist jedoch mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Gegenüber unbekannten Gläubigern, deren Einwilligung zu ungleicher Festsetzung der Rechte nicht erlangt werden kann, ist die Gültigkeit des Zw.-V. nur dadurch zu sichern, dass ihnen die Rechte der meistbegünstigten Gläubiger eingeräumt werden, so dass sie sich über Zurücksetzung nicht beschweren können.[4] Die bekannten Gläubiger können diese ihre Zustimmung sowohl in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung als auch in einer besondern, vorzulegenden Erklärung gültig abgeben. Ebenso kann ein über die Bevorzugung einzelner K.-Gl. getroffenes Nebenabkommen durch ausdrückliche Zustimmung der übrigen Gläubiger in der gerichtlichen Verhandlung genehmigt werden. Solche Nebenabkommen bilden dann einen Teil des Zw.-V. Sonstige Nebenverabredungen dagegen, durch welche einzelnen K.-Gl.

[1]) Stieglitz S. 629. A. M.: Fitting § 47 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. 2 S. 567, 568 Anm. 26.

[2]) Fitting und v. Völderndorff a. a. O.

[3]) R.-G. (IV.) 26. März 1885, Gruchot Bd. 29 S. 1034 ff., bes. S. 1038.

[4]) Stieglitz S. 631.

vom Gemeinschuldner oder einem Dritten ein besonderer, vom Inhalte des Zw.-V. abweichender Vergleich geboten wird, duldet die K.-O. nicht. Ein solches Abkommen setzt den Zw.-V. der Verwerfung (§ 173 Z. 1, Bem. II. 3 zu §§ 170 ff.), sowie der Anfechtung (§ 182), die Vertragschliessenden aber der Bestrafung aus (§§ 211, 213). Dass das Nebenabkommen, selbst wenn das Strafgesetz ausser Anwendung bleiben müsste, nicht einmal zwischen den Vertragschliessenden rechtliche Wirksamkeit beanspruchen darf, wurde zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich gesagt. Damit § 168 zur Anwendung kommen kann, genügt es übrigens, dass sachlich eine Bevorzugung vorliegt, sonach der Vorschrift im ersten Satze des § zuwidergehandelt wurde. Ob diese Begünstigung den Beteiligten zum Bewusstsein gekommen ist, erscheint nach dem Zwecke der in Frage stehenden Vorschriften als gleichgültig. Es kann nicht angenommen werden, dass solche Verträge zwar die Verwerfung und Anfechtung des Zw.-V. rechtfertigen, aber unter den Vertragschliessenden gültig sein sollen.[1]) Wo es für die Rechtsgültigkeit einer Handlung darauf ankommt, wird in der K.-O. das Erfordernis der Absicht oder des Bewusstseins der Kenntnis regelmässig besonders hervorgehoben. Diese Nichtigkeit ist übrigens nicht dadurch bedingt, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Begünstigung und dem Zustandekommen des Zw.-V. nachweisbar ist. Daher ist auch die Begünstigung eines Gläubigers nichtig, welcher sich an der Abstimmung gar nicht beteiligt hat, oder dessen Stimme ohne Einfluss war [2])

§ 168 trifft auch zu, wenn die ungleiche Behandlung dadurch verschleiert wird, dass einzelne Gläubiger zufolge einer als Stimmenkauf anzusehenden Forderungsübertragung ausscheiden.[3]) Ebenso findet er Anwendung, wenn ein Bürge für einen Teil der Forderungen, ein anderer für die übrigen haften soll.[4]) Auch solche Verträge fallen endlich unter die Vorschrift des §, welche zwar nach Abschluss des Zw.-V., aber mit Rücksicht darauf zustande gekommen sind und durch welche das Gesetz umgangen werden soll. Denn nichtig ist „jedes Abkommen, durch welches einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen“. Ob die Verpflichtungen aus dem Zw.-V. bereits erfüllt sind oder nicht, kann eine Unterscheidung nicht rechtfertigen.[5]) Hiernach ist die Ansicht nicht zutreffend, dass sich aus dem Abkommen bereits zur Zeit des Zw.-V. eine Bevorzugung ergeben müsse.[6]) Dagegen liegt eine Bevorzugung nicht in dem Abkommen, durch das ein Gläubiger auf die Geltendmachung seiner Forderung im Kv. unter der Bedingung verzichtet, dass der Schuldner verspricht, ihn später ganz befriedigen zu wollen; denn diese spätere Befriedigung kann der Gläubiger erst erwarten und verlangen, nachdem der Schuldner seine Verpflichtungen aus dem Zw.-V. vollständig erfüllt hat.[7])

In der Reichstagskommission wurde vom Vorsitzenden bemerkt, dass die Vorschriften über den Zw.-V. nicht zur Anwendung kämen, wenn sämtliche Gläubiger dem Vergleichsvorschlag zugestimmt hätten. In zutreffender Weise erwiderte aber Hagens: „Sei das Zwangsvergleichsverfahren in Gang gesetzt, so seien die Vorschriften des sechsten Titels in Anwendung zu bringen, gleichviel ob der Vergleich zustande gekommen sei nur durch eine Mehrheit oder durch Einstimmigkeit der im Termine anwesenden Gläubiger oder durch die

[1]) v. Mandry S. 360 § 38 a. E. A. M.: Endemann S. 587, 588; Fitting § 47 Anm. 16; v. Wilmowski S. 436 Nr. 4.

[2]) R.-G. (IV.) 26. März 1885, Gruchot Bd. 29 S. 1034 ff.

[3]) v. Sarwey S. 783; Stieglitz S. 632; v. Völderndorff Bd. 2 S. 574; Willenbücher S. 209 Nr. 1; v. Wilmowski S. 436 Nr. 4; pr. Obertrib. 18. Dez. 1862, Striethorst Bd. 46 S. 353 ff.

[4]) Fitting § 47 Anm. 14; Hullmann S. 315; v. Sarwey S. 783; Stieglitz S. 630 Anm. a.; Willenbücher S. 209 Nr. 2; pr. Obertrib. 21. Febr. 1865, Entsch. Bd. 53 S. 568; R.-O.-H.-G. 14. Nov. 1871, Entsch. Bd. 4 S. 20 ff.

[5]) Stieglitz S. 632; v. Völderndorff Bd. 2 S. 573 Anm. 14. A. M.: v. Mandry S. 360 § 38 a. E.; v. Sarwey S. 784 Nr. 4a; Willenbücher S. 210 Nr. 5; v. Wilmowski S. 436 Nr. 4 a. E.

[6]) So das R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, Jur. Woch. 1889 S. 69.

[7]) R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 1254, R.-Anz. 1889, bes. Beilage 3 S. 215 ff.

Einstimmigkeit aller Stimmberechtigten überhaupt. Auch einen einstimmig geschlossenen Vergleich würde also das Konkursgericht verwerfen müssen, wenn z. B. die Voraussetzungen des § 172 vorliegen sollten. Dagegen werde durch ein schwebendes Zwangsvergleichsverfahren die Einstellung des Verfahrens auf Grund der Zustimmung aller Gläubiger nach Maassgabe des § 188 keineswegs ausgeschlossen" (K. S. 111).

2) Hinsichtlich der Wirkungen des in § 168 enthaltenen Verbotes besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Fällen, in welchen der Zw.-V. selbst eine Bevorzugung einzelner K.-Gl. enthält, und denjenigen Fällen, in welchen eine solche in einem Nebenabkommen enthalten ist. Die Unwirksamkeit des Zw.-V. kann nur dadurch zum Ausdrucke gelangen, dass er vom Konkursgerichte verworfen wird (§§ 170, 172). Dagegen ist die Nichtigkeit eines Nebenabkommens in anderer Weise geltend zu machen und es hat darüber nicht das Konkursgericht zu entscheiden. Verletzt der Zw.-V. selbst den Grundsatz der gleichen Behandlung aller K.-Gl., so kann dieser Mangel dadurch geheilt werden, dass die benachteiligten Gläubiger der sie benachteiligenden Bestimmung zustimmen. Geschieht dies nicht oder ist dieser Weg deshalb ausgeschlossen, weil unbekannte K.-Gl. benachteiligt sind, so muss das Konkursgericht den Zw.-V. nach § 172 verwerfen (Bem. II. 2 zu §§ 170 ff.). Falls diese Verwerfung nicht erfolgt, weil der Richter den Mangel übersieht, so äussert, wenn der Beschluss in Rechtskraft erwächst, der Zw.-V. dennoch die in § 178 vorgesehenen Wirkungen. Man kann nicht sagen, dass die Rechtskraft insoweit nicht eintrete, als der Zw.-V. einzelne Gläubiger ohne Zustimmung der übrigen bevorzuge, denn eine teilweise Rechtskraft des Beschlusses ist mit den §§ 178, 179 nicht vereinbar. Ein nichtiges Nebenabkommen kann dagegen, da es nicht im Zw.-V. selbst Aufnahme gefunden hat, auch nicht durch die richterliche Bestätigung Rechtswirksamkeit erlangen. Ob es nichtig ist, kann nur im Wege des ordentlichen Prozesses festgestellt werden. Die Wirksamkeit des Zw.-V. selbst wird dadurch, dass ein als nichtig anzusehendes Nebenabkommen getroffen worden ist, nicht unmittelbar berührt. Dieses kann jedoch Veranlassung dazu geben, dass ein K.-Gl. gemäss § 173 die Verwerfung des Zw.-V. beantragt und dass diesem Antrage entsprochen wird. Soweit es sich um das Nebenabkommen handelt, wird übrigens nur diejenige Vertragsbestimmung von der Nichtigkeit betroffen, welche eine Bevorzugung enthält, nicht auch dasjenige Vertragsverhältnis, welches an sich vom Zw.-V. unabhängig ist, auf welches sich aber das Nebenabkommen bezieht. Nimmt z. B. der Gemeinschuldner, um sich die Mittel zur Erfüllung des Zw.-V. zu verschaffen, von einem K.-Gl. ein Darlehen auf, und verspricht er, um dieses zu erlangen, dass er den Gläubiger bevorzugen werde, so ist zwar diese Nebenabrede nichtig, der Darlehensvertrag aber gültig.[1]) Ist das einen K.-Gl. begünstigende Abkommen sowohl für den Fall des Zw.-V. als für den einer anderweitigen Erledigung des Kv. getroffen worden, so ist es gültig, falls ein Zw.-V. nicht zustande kommt.[2]) Ob der Gemeinschuldner dasjenige, was er auf Grund des Abkommens geleistet hat, zurückfordern kann, ist nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[3])

3) Das Gebot der unbedingten Gleichstellung aller Gläubiger gilt nicht für die aussergerichtlich abgeschlossenen Vergleiche, durch welche das Kv. abgewendet werden soll.[4]) Ein solcher Vergleich enthält nicht notwendig die stillschweigende Bedingung, dass kein Gläubiger vor den übrigen bevorzugt werden dürfe. Ob eine solche Bedingung ge-

[1]) R.-G. (I.) 7. Dez. 1887, Jur. Woch. 1888 S. 17.

[2]) R.-G. (III.) 25. Juni 1886, Z. f. d. Notariat in Rheinpreussen Bd. 32 S. 43.

[3]) v. Sarwey S. 784, 785; Willenbücher S. 210 Nr. 4; v. Wilmowski S. 436 Nr. 4. A. M.: Meves S. 178 Nr. V und Stieglitz S. 632, welche das Recht auf Zurückforderung unbedingt zulassen, ferner v. Völderndorff Bd. 2 S. 575, nach dessen Ansicht die Umstände des Falles entscheiden.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 25. Mai 1889, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 16. A. M.: Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 152.

wollt ist, muss vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden.[1]) Diese Frage wurde bejaht in einem Falle, in welchem der Schuldner ursprünglich allen Gläubigern das gleiche Anerbieten mit dem Zusatze gemacht hatte, die Wirksamkeit des Vergleiches solle von der Zustimmung aller Gläubiger abhängig sein.[2])

§ 169.

Zur Annahme des Vergleiches ist erforderlich, dass

1. die Mehrzahl der in dem Termine anwesenden stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt, und
2. die Gesamtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Vierteile der Gesamtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt.

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termines die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen. Das Gericht hat denselben zu bestimmen und im Termine zu verkünden.

(E. § 169; M. S. 414—416; K. S. 111; pr. K.-O. §§ 186—188.)

I. Die Berechnung der Mehrheit.

1) Bezüglich der Art der Beschlussfassung gilt im allgemeinen § 86. Mit Rücksicht auf die eingreifenden Wirkungen des Zw.-V. wurde jedoch für die Abstimmung über diesen eine Erweiterung der Bestimmungen über die Stimmenmehrheit für notwendig gehalten. Das Zustandekommen des Zw.-V. setzt sowohl ein Zusammentreffen der Summen- mit der Personenmehrheit als auch eine Erhöhung der absoluten Summenmehrheit voraus. Bei der Stimmenzählung wird auf Abwesende nur insoweit Rücksicht genommen, als in die Summenzahl auch die zum Stimmen berechtigenden Forderungen der abwesenden Gläubiger eingerechnet werden. Hinsichtlich der Personenzahl wird von dem Grundsatze des § 89 nicht abgewichen. Die K.-O. verlangt hiernach zur Annahme des Vergleichsvorschlags, dass über die Hälfte der zur Zeit der Abstimmung im Termine anwesenden oder vertretenen stimmberechtigten K.-Gl. zustimmt und dass die Summe ihrer Forderungen wenigstens drei Viertel von dem Gesamtbetrage aller zur Abstimmung berechtigenden Forderungen ausmacht. Demgemäss kommen bei Berechnung der Summenmehrheit auch diejenigen stimmberechtigten Forderungen in Betracht, deren Inhaber weder in Person erschienen, noch durch einen Bevollmächtigten vertreten sind. Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, sind jedoch bei Festsetzung der Gesamtsumme lediglich mit dem Betrage des feststehenden oder mutmaasslichen Ausfalles zu berücksichtigen, weil der Absonderungsberechtigte bloss für diesen Betrag am Zw.-V. teilnimmt. Nur wenn ein solcher Gläubiger auf die abgesonderte Befriedigung, sei es auch bloss für den Fall des Zustandekommens ganz verzichtet hat, ist seine Forderung vollständig in Ansatz zu bringen.[3]) Dagegen sind bei Berechnung der Personen-

[1]) R.-G. (III.) 8. Febr. 1887, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 15, 16 und Gruchot Bd. 31 S. 1131 ff.; O.-L.-G. Köln 30. Juni 1880, Justizzeit. 1881 S. 53; O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1887 und 9. Nov. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 73, Bd. 14 S. 170 ff.; O.-L.-G. Karlsruhe 5. Jan. 1888, bad. Ann. Bd. 54 S. 209. Vgl. auch Appellhof in Gent 10. Aug. 1883, Puchelts Z. Bd. 16 S. 18 ff.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 25. Jan. 1887, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 280 ff.

[3]) Ldg. Bremen 12. Febr. 1884, Buschs Z. Bd. 8 S. 172 ff.

mehrheit alle diejenigen Gläubiger ausseracht zu lassen, welche weder selbst erschienen sind, noch einen Vertreter aufgestellt haben. Übrigens gilt hier wie nach § 89 der Grundsatz, dass nur die abgegebenen Stimmen in Betracht kommen, die Gläubiger, welche sich der Abstimmung enthalten, also ebenso zu behandeln sind, als ob sie nicht erschienen wären (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff.).[1]) Die Sache liegt in dieser Beziehung nicht anders als bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien, bezüglich deren das Reichsgericht anerkannt hat, dass die Aktien, deren Inhaber zwar in der Generalversammlung anwesend waren, sich aber bei der Abstimmung nicht beteiligten, bei der Berechnung des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals nicht zu berücksichtigen sind.[2])

2) Auf Verträge über die Ausübung des Stimmrechtes, welche zwischen einzelnen K.-Gl. oder zwischen einem solchen und dem Gemeinschuldner abgeschlossen werden und durch welche sich ein Gläubiger verpflichtet, seine Stimme in einer bestimmten Richtung abzugeben, ist keine Rücksicht zu nehmen. Die in der Gl.-V. erfolgte Abstimmung ist allein maassgebend für die Berechnung des Ergebnisses. Es kommt deshalb nur darauf an, wie die Stimmen thatsächlich abgegeben wurden, nicht darauf, ob ein K.-Gl. versprochen hatte, in anderem Sinne zu stimmen. Ein solcher Vertrag ist übrigens, da der einzelne Gläubiger sich bei der Abstimmung durch sein Interesse leiten lassen und über die Art und Weise, in welcher er seine Stimme abgeben will, frei verfügen darf, nicht ohne weiteres nichtig. Die Verletzung der übernommenen Verpflichtung kann deshalb unter Umständen einen Anspruch auf Schadenersatz begründen.[3]) Ebenso liegt die Sache, wenn ein Gläubiger einen Bevollmächtigten aufgestellt und ihn angewiesen hatte, die Stimme in einem bestimmten Sinne abzugeben, dieser aber anders stimmte, oder wenn der Gläubiger, dem die Ausübung des mehreren Personen gemeinsam zustehenden Stimmrechtes (Bem. II. 2) übertragen war, seinem Auftrage zuwiderhandelte. In allen diesen Fällen kommt es für die Wirksamkeit des Zw.-V. nur darauf an, wie die zur Abstimmung befugte Person thatsächlich abgestimmt hat. Wie bei der Vertretung in der Generalversammlung von Aktiengesellschaften ist auch hier nur die Vollmacht, nicht der Auftrag entscheidend.[4]) Dagegen kann der Abstimmende zu Schadenersatz verpflichtet sein, wenn er einer übernommenen Verpflichtung zuwidergehandelt hat.

II. Stimmberechtigung.

1) Die Feststellung des Stimmrechtes erfolgt nicht in einem besondern Erörterungstermine, sondern in der gewöhnlichen Weise (Bem. 2 zu §§ 165 ff.). Absonderungsberechtigte sind, sofern ihre Forderungen als Konkursforderungen gelten, für den Betrag der Ausfallsforderung stimmberechtigt (vgl. ob. Bem. I. 1, ferner Bem. III. 1 u. 7 zu §§ 85 ff.). Das Stimmrecht kann auch hier durch Vertreter ausgeübt werden (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff.). Wer zur Vertretung eines Gläubigers im Kv. überhaupt befugt ist, gilt nach § 77 C.-P.-O., welcher hier entsprechende Anwendung finden muss, auf Grund seiner Vollmacht auch als ermächtigt zur Vertretung im Zwangsvergleichstermine, sofern dieser Vollmacht nicht eine besondere Beschränkung beigefügt worden ist.[5]) Wer mehrere Gläubiger vertritt, kann für diese in verschiedener Weise seine Stimme abgeben. Bei Aufstellung des Entwurfes wurde die Frage erwogen, ob man nicht die Ehefrau und die nächsten Verwandten des

[1]) Endemann S. 589; Fitting S. 362 § 47 Text zu Anm. 22; v. Sarwey S. 788 Nr. 6 Bem. 3; Stieglitz S. 635; Willenbücher S. 210 Nr. 3a; v. Wilmowski S. 438 Nr. 2. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 580 Nr. 5, welcher alle anwesenden Gläubiger bei Berechnung der Mehrheit mitgezählt wissen will.

[2]) R.-G. (II.) 9. März 1888, Entsch. Bd. 20 S. 140 ff.; Petersen u. v. Pechmann, Kommentar z. Aktienges. S. 239, 240.

[3]) A. M.: Dernburg Bd. 2 § 126 Anm. 10 und Kohler in Gruchot Bd. 31 S. 319.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 28. Febr. 1891, Hans. G.-Z. 1891 (Hauptbl.) S. 205 ff., bes. S. 208, 209 nebst dem bestätigenden Urt. des R.-G.

[5]) Fitting § 47 Anm. 1 und die Kommentare.

Gemeinschuldners sowie diejenigen, welche erst nach der Zahlungseinstellung sich haben Forderungen übertragen lassen, von der Berechtigung zum Mitstimmen ausschliessen solle, weil diese Personen in der Regel zum Nachteile der übrigen Gläubiger mit dem Gemeinschuldner gemeinschaftliche Sache machten und der Nachweis, dass eine unbegründete Forderung oder eine unstatthafte Abfindung vorliege, schwer zu erbringen sei. Es wurde aber hievon abgesehen, weil eine solche Vorschrift für die begründeten Forderungen eine Rechtsverweigerung enthalte und, soweit es sich um die Ausschliessung der Ehefrau und der Verwandten handle, leicht umgangen werden könne, während sich etwaigen Missbräuchen durch das Anfechtungsrecht und durch Strafbestimmungen, vor allem aber durch das richterliche Bestätigungsrecht begegnen lasse.

2) Das Verbot einer Teilung der Forderungen, durch welche regelmässig die Zahl der stimmberechtigten K.-Gl. vermehrt wird, wurde gleichfalls verworfen (M. S. 317, 413) und hierbei in den Mot. hervorgehoben, dass zur Abwehr scheinbarer Teilübertragung das allgemeine bürgerliche Recht genüge. Unklar ist jedoch der Sinn der Mot. (S. 414, 415), insoferne sie von einer Forderung sprechen, welche mehreren Personen, geteilt oder ungeteilt, zusteht, und doch eine Forderung bleibt.[1] Dadurch, dass eine Forderung geteilt wird, entstehen immer mehrere Forderungen. Wenn nun eine Forderung mehreren Personen zusteht und jede von diesen ihren Anteil selbständig, d. h. unabhängig von den andern Teilhabern geltend machen kann, so sind ebensoviel Gläubiger als Teilhaber vorhanden. Kann aber die Forderung, sei es wegen Unteilbarkeit, sei es aus einem andern Grunde (z. B. bei Korreal- und Solidarobligationen), nur von sämtlichen Beteiligten gemeinschaftlich geltend gemacht werden, so gelten diese zusammen nur als ein Gläubiger und müssen sich darüber einigen, wer das Stimmrecht auszuüben hat. Ob ein solches Verhältnis besteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Kommt in einem Falle der erwähnten Art (vgl. Bem. II. 3) eine Einigung über die Abstimmung nicht zustande, so kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden.[2] Eine unteilbare Forderung aber kann im Kv. nicht vorkommen, weil jede solche Forderung in eine Geldforderung umzuwandeln ist (§ 62) und dadurch teilbar wird. Wenn also irgend eine Forderung nach der K.-E. oder nach der Anmeldung unter Lebenden oder von Todes wegen auf mehrere Personen übergeht, so treten so viele Gläubiger mit selbständiger Stimmberechtigung ein, als Miterben oder Forderungserwerber vorhanden sind.[3]

3) Wird eine Forderung, welche ein Stimmrecht gewährt, gepfändet und dem pfändenden Gläubiger nur zur Einziehung überwiesen, so steht dem letztern zwar das Recht zu, die Forderung im Kv. geltend zu machen und die mit ihr verbundene Stimmberechtigung in der Gl.-V. auszuüben. Da die Überweisung zur Einziehung — abgesehen von der Frage der Widerruflichkeit — keine stärkere Wirkung hat als eine von dem Gläubiger selbst ausgegangene Ermächtigung zur Einziehung, übt der pfändende Gläubiger aber immerhin nur eine fremde Forderung, wenn auch in eigenem Namen aus. Auch muss er einen etwaigen Überschuss über den Betrag seiner eigenen Forderung an seinen Schuldner, der Subjekt der gepfändeten Forderung bleibt, herausgeben. Er ist deshalb zu einem teilweisen Nachlasse der Forderung für sich allein ebensowenig berechtigt, wie sein Schuldner selbst, der durch die Pfändung in der Verfügung beschränkt worden ist. Der pfändende Gläubiger darf hiernach für den Zw.-V. nur dann stimmen, wenn sein Schuldner dazu seine Einwilligung giebt. Eine ohne diese Zustimmung für den Zw.-V. abgegebene Stimme ist

[1]) In § 186 Nr. 1 der pr. K.-O. hiess es: „Steht eine Forderung mehreren Personen, geteilt oder ungeteilt, zu, so gelten sie zusammen nur für eine Person."

[2]) Fuchs S. 146 Anm. 20; Kohler S. 396, 482 und die Kommentare. A. M.: Dernburg Bd. 2 § 126 Anm. 11, der einen Mehrheitsbeschluss verlangt.

[3]) Kohler in Buschs Z. Bd. 10 S. 202; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 521; v. Sarwey S. 788 Nr. 4; Stieglitz S. 635, 636 Nr. II. 1; v. Völderndorff Bd. 2 S. 578. A. M. für Miterben: Fuchs S. 146; Wengler S. 619; v. Wilmowski S. 438 Nr. 2.

unwirksam. Die Zustimmung des gepfändeten Schuldners muss mündlich im Termine gegeben werden, weil er K.-Gl. ist und als solcher seine Erklärungen in der Gl.-V. abzugeben hat. Dessen Erklärungen können jedoch durch einen Vertreter abgegeben, ja es kann der pfändende Gläubiger als Bevollmächtigter aufgestellt werden. Dem pfändenden Gläubiger und seinem Schuldner (dem Subjekt der Forderung) steht zusammen nur eine Stimme zu. Hier liegt sonach ein Fall vor, in welchem das Stimmrecht bezüglich einer Forderung von mehreren Personen gemeinsam auszuüben ist.[1]) Zweifelhaft ist es, ob der pfändende Gläubiger auch dann einer Zustimmung des Schuldners bedarf, wenn er gegen den Zw.-V. stimmen will, weil er in diesem Falle nicht einen Nachlass bewilligt, sondern nur darauf besteht, dass die Forderung auf dem gewöhnlichen Wege befriedigt werde. Aber auch hier muss die Zustimmung verlangt werden, weil der Zw.-V. eine im Gesetze vorgesehene Form der Erledigung des Kv. bildet und dessen Ablehnung die Folge haben kann, dass der Gläubiger weniger erhält, als er bei dem Zustandekommen des Zw.-V. erhalten würde. Zu einer solchen Schädigung seines Schuldners ist der Gläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überlassen wurde, nicht befugt; vielmehr muss er diejenige Art der Einziehung wählen, welche als die vorteilhaftere erscheint. Da aber darüber verschiedene Meinungen bestehen können, muss das Stimmrecht von dem Gläubiger und seinem Schuldner gemeinsam ausgeübt werden.[2]) Wenn die Forderung zwar gepfändet, aber dem pfändenden Gläubiger nicht überwiesen worden ist, erscheint zwar dessen Schuldner an sich als berechtigt, das Stimmrecht im Termine auszuüben, da dem pfändenden Gläubiger die Befugnis zur Einziehung fehlt. Der Schuldner darf aber nicht über die Forderung verfügen, insbesondere sie nicht einziehen (§ 730 C.-P.-O.). Überhaupt hat er die Interessen des Gläubigers zu wahren, dem an der Forderung ein Pfandrecht zusteht. Daraus ergiebt sich, dass auch in solchen Fällen das Stimmrecht von dem pfändenden Gläubiger und dessen Schuldner (dem eigentlichen Forderungsberechtigten) ebenso wie dann, wenn der Gläubiger seine Forderung freiwillig verpfändet hat, gemeinsam ausgeübt werden muss.[3]) Auch in solchen Fällen kann weder der Pfandberechtigte noch der verpfändende Schuldner für sich allein dem Zw.-V. zustimmen oder ihn ablehnen.[4]) Nach dem Gesagten kann, wenn einer der beiden zur gemeinsamen Ausübung des Stimmrechtes Berechtigten in der Gl.-V. nicht erscheint oder sich der Abstimmung enthält, das Stimmrecht nicht in wirksamer Weise ausgeübt werden. Ebenso verhält es sich aber, wenn diese Personen sich nicht einigen können und deshalb ihre Stimme in entgegengesetztem Sinne abgeben. Das Ergebnis ist das nämliche, wie wenn sich beide der Abstimmung enthalten hätten. Bei Berechnung der Mehrheit sind diese Personen hiernach nicht mitzuzählen (Bem. I. 1.)

4) Ein K.-Gl., welcher den übrigen Gläubigern gegenüber für die Erfüllung des Zw.-V. Bürgschaft übernahm, verliert dadurch sein Stimmrecht nicht.[5]) Ein Bevollmächtigter, der mehrere Gläubiger vertritt, hat für jeden derselben eine Stimme abzugeben, da kein Gläubiger dadurch sein Recht verlieren kann, dass er sich durch eine andere Person vertreten lässt. Dagegen steht demjenigen, der mehrere Forderungen, sei es auch von mehreren Gläubigern erworben hat, nur eine einzige Stimme zu. Alle in Frage stehenden Forderungen sind Forderungen des Erwerbers. Zwischen diesem Falle und demjenigen, in welchem der K.-Gl. durch verschiedene Rechtsgeschäfte, z. B. Verkäufe oder Darlehen, nacheinander mehrere Forderungen erworben hat, besteht ein Unterschied nicht. Es ist also nur ein Gläubiger vorhanden.[6])

[1]) Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 269 Anm. 11; Kohler in Buschs Z. Bd. 10 S. 199 ff., bes. S. 205 ff.; Willenbücher S. 211 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 438 Nr. 2; bayer. ob. Landesg. vom 3. Febr. 1881. Samml. Bd. 9 S. 43 ff., Seuffert, Arch. Bd. 36 S. 370, Buschs Z. Bd. 4 S. 420 ff.

[2]) Kohler a. a. O. S. 207 § 3. A. M. anscheinend Falkmann a. a. O. Text zu Anm. 11.

[3]) Falkmann a. a. O. S. 269 Text zu Anm. 11.

[4]) Kohler a. a. O. S. 205, 206.

[5]) Endemann S. 589 und die Kommentare.

[6]) Endemann S. 588; Fuchs S. 146 und die Kommentare.

III. Gegenstand der Abstimmung.

Enthält der Vergleichsvorschlag mehrere selbständige Bestimmungen, so kann über diese getrennt abgestimmt werden; jedoch sind alsdann die angenommenen Vorschläge nochmals im ganzen zur Abstimmung zu bringen. Werden einzelne Vorschläge angenommen, andere aber abgelehnt, so kann der Zw.-V. nur dann als abgeschlossen gelten, wenn der Gemeinschuldner und die etwa für ihn eingetretenen Dritten in den Wegfall der abgelehnten Vorschläge einwilligen. Die Abstimmung über die einzelnen Bestimmungen gewährt den Vorteil, dass der Gemeinschuldner Gelegenheit erhält, seine Vorschläge in bestimmten Richtungen zugunsten der Gläubiger zu ändern, indem er einen Teil der Bedingungen ganz fallen lässt oder durch andere ersetzt. Gegenstand der Schlussabstimmung ist immer der Vorschlag des Gemeinschuldners in derjenigen Gestalt, welche er ihm zuletzt gegeben hat.[1]) Auch bei der Abstimmung über die einzelnen Vorschläge ist, damit sie dem Gemeinschuldner eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung des mutmaasslichen Ergebnisses der Schlussabstimmung gewährt, die Mehrheit nach § 169 zu berechnen. Die absolute Mehrheit der Stimmen genügt auch hier nicht, damit der Vorschlag als angenommen gilt, wenn diese Mehrheit nicht $^3/_4$ der Gesamtsumme der Forderungen vertritt. Auch hat der Gemeinschuldner, da es sich bei der Abstimmung immerhin um den Zw.-V. handelt, sonach § 169 zutrifft, ein Recht darauf, dass das Ergebnis der Abstimmung, das für ein weiteres Verhalten maassgebend sein kann, festgestellt werde.[2]) Wenn anders verfahren und schliesslich der Vorschlag des Gemeinschuldners bei der Schlussabstimmung angenommen wird, ist aber der Zw.-V. immerhin abgeschlossen. Es kommt dann auf das Ergebnis der frühern Abstimmungen sowenig an, wie in denjenigen Fällen, in welchen die einzelnen Vorschläge abgelehnt wurden, die Schlussabstimmung aber zur Annahme geführt hat.

IV. Ergebnis der Abstimmung.

Wird keine der erforderlichen Mehrheiten erzielt, so ist der Vergleichsvorschlag abgelehnt und es kommt, wenn er wiederholt wird, § 163 zur Anwendung. Dagegen ist dieser Vorschlag, wenn entweder die Personenmehrheit oder die Summenmehrheit erreicht wird, nach Abs. 2 des § nur dann endgültig erledigt, wenn sich der Gemeinschuldner dabei beruhigt. Geschieht dies nicht, sondern verlangt er nochmalige Abstimmung in einem neuen Termine, so muss ihm diese gewährt werden. Im neuen Termine, gegen dessen Verweigerung Beschwerde zulässig ist, kann der Gemeinschuldner auch andere Vorschläge machen. Der Antrag des Gemeinschuldners und die Verkündung des neuen Termines müssen vor dem Schlusse des Vergleichstermines erfolgen. Für den neuen Termin gelten alle für den ersten gegebenen Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Teilen zu wiederholen; die frühern Erklärungen haben an sich keine Wirkung. Öffentliche Bekanntmachung des neuen Termines ist, da die Verkündung sie ersetzen soll, ausserdem aber § 85 Abs. 2 zur Anwendung kommt, nicht erforderlich.[3]) Daraus ergiebt sich, dass der Gemeinschuldner seine Vorschläge nur in einer solchen Weise abändern kann, welche für die K.-Gl. günstiger ist, als der frühere Vorschlag. Übrigens brauchen die Abänderungen nicht sofort vorgeschlagen zu werden, sondern können noch im neuen Termine erfolgen (Bem. 2 zu § 161).

§ 170.

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichtes.

[1]) Fitting § 47 Anm. 21; v. Völderndorff Bd. 2 S. 563.

[2]) A. M.: Fitting § 47 Anm. 19; v. Völderndorff Bd. 2 S. 563 Anm. 12.

[3]) Endemann S. 590, 599; Fitting § 47 Anm. 27 König S. 92; Meves S. 177 und die Kommentare.

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuss in dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden Termine gehört hat.

§ 171.

Der Beschluss, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist zu verkünden.

§ 172.

Der Vergleich ist zu verwerfen:

1. wenn die für das Verfahren und den Abschluss des Vergleiches gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind und das Fehlende nicht ergänzt werden kann;
2. wenn ein Fall der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleiches nachträglich eingetreten ist.

§ 173.

Der Vergleich ist auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht, zu verwerfen:

1. wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zustande gebracht ist;
2. wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht.

Der Antrag ist nur zuzulassen, wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.

§ 174.

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist, steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, welcher stimmberechtigt war oder eine Forderung glaubhaft macht.

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde beginnt mit der Verkündigung des Beschlusses.

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichtes findet nicht statt.

(E. §§ 170—174; M. S. 416—421; K. S. 112—114, 184—186; pr. K-O. §§ 190—196.)

I. Allgemeiner Grundsatz. Vorschriften über die Entscheidung und über deren Verkündung. (§§ 170, 171.)

1) Der von den K.-Gl. angenommene Zw.-V. bedarf, um rechtliche Wirkungen zu haben, der Bestätigung durch das Gericht (Vorbem. 2 zu §§ 160 ff.). Jedoch kann diese nur unter bestimmten, in den §§ 172 und 173 aufgezählten, Voraussetzungen versagt werden (Bem. II). Das auf die Bestätigung bezügliche Verfahren bildet, da in allen Fällen die erforderliche Prüfung stattzufinden hat, einen regelmässigen Bestandteil des Zwangsvergleichsverfahrens und macht ein besonderes Einspruchsverfahren überflüssig. Nach allen Richtungen, in welchen die Wirksamkeit des Zw.-V. in Frage gestellt werden kann, mag es sich um die Beobachtung der Förmlichkeiten oder um die Wahrung der Interessen der Gläubiger handeln, hat das Gericht zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestätigung vorliegen, und wenn dies der Fall ist, sie zu erteilen, andernfalls den Vergleich zu verwerfen.

2) Die Entscheidung soll womöglich in dem Vergleichstermine selbst erfolgen. Einer Aussetzung der Entscheidung oder einer Frist für die Gläubiger zur Geltendmachung etwaigen Widerspruches wird es auch in der Regel nicht bedürfen. Vielmehr wird die Vorbereitung vor dem Vergleichstermine meist genügen. Das Gericht soll jedoch für Ausnahmefälle, z. B. für den Fall, dass die Art des Zustandekommens des Zw.-V. Bedenken oder Widerspruch erregt, befugt sein, sowohl zur Verkündung der Entscheidung als auch zur Verhandlung über die Bestätigung einen besondern Termin anzusetzen. Dieser Termin ist dann in dem Vergleichstermine zu verkünden; eine weitere Bekanntmachung ist entbehrlich. Ein Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung des Zw.-V. braucht in der Regel nicht gestellt zu werden; nur in den Fällen des § 173 ist ein solcher erforderlich, weil der Richter die dort vorgesehenen Verwerfungsgründe nicht von Amts wegen berücksichtigen darf. Im übrigen muss die Bestätigung, wenn ein Verwerfungsgrund nicht vorliegt, auch ohne Antrag erteilt werden; die Verwerfung hat in den Fällen des § 172 von Amts wegen zu erfolgen. In allen Fällen — nicht bloss in denen des § 173 — ist ein etwa gestellter Antrag auf Verwerfung des Zw.-V. zu begründen, damit die übrigen Beteiligten sich über die Verwerfungsgründe aussprechen können. Um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass die Anhörung der Beteiligten mündlich in einem Termine erfolgen muss, wurde die jetzige Fassung des § 170 Abs. 2 beschlossen (K. S. 184—188). Schriftliche Anträge und Erklärungen der Beteiligten, welche zwischen dem Vergleichstermine und dem besondern Termine bei Gericht eingereicht werden, sind nicht ausgeschlossen. Deren Inhalt kann jedoch nicht berücksichtigt werden, wenn er nicht im Termine selbst von einem der Beteiligten geltend gemacht und vertreten worden ist. In diesem Sinne äusserten sich in der Reichstagskommission auch v. Sarwey und Hagens, welcher letztere erklärte, auf Grund eines schriftlich gestellten Verwerfungsantrages (§ 173) könne, wenn die in Frage stehenden Thatsachen glaubhaft gemacht würden, eine Verhandlung anberaumt werden, diese selbst aber müsse mündlich sein (K. S. 185).[1]) Die Verhandlung über die Bestätigung ist von derjenigen über die Annahme des Zw.-V. zu trennen, wenn sie sich auch meist unmittelbar an diese anschliessen wird. An ihr können auch Gläubiger teilnehmen, welche bei der Beschlussfassung über den Zw.-V. nicht mitwirkten, ja gar nicht mitwirken durften (Bem. II. 3). Für die Verhandlung selbst gelten dieselben Grundsätze, welche bezüglich der gewöhnlichen Gl.-V. maassgebend sind (Bem. 1 u. 2 zu § 65). Eine besondere Gebühr wird für den Gerichtsbeschluss nicht erhoben (§§ 51—58 G.-K.-G.).

3) Der Beschluss des Gerichtes ist im Termine zu verkünden (§ 294 Abs. 1 C.-P.-O.). Die betreffenden Worte des Entwurfes (§ 171) wurden von der Reichstagskommission nur mit Rücksicht auf die dem § 170 gegebene Fassung gestrichen. Da die Bestätigung und die Verwerfung des Zw.-V. nicht in einem Urteile, sondern in einem Beschlusse

[1]) Fitting § 48 Anm. 10; v. Sarwey S. 791 Nr. 2; Stieglitz S. 637, 638; Willenbücher S. 212 Nr. 2; v. Wilmowski § 170 Nr. 3. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 586.

erfolgen, kommt § 284 C.-P.-O. hier nicht zur Anwendung und ist sonach die Beifügung von Entscheidungsgründen ebensowenig als eine Darstellung des Sach- und Streitstandes gesetzlich vorgeschrieben. Es ist jedoch zweckmässig und mit Rücksicht auf die den Beteiligten zustehende Beschwerde (Bem. III.) geboten, dass die Gründe, welche eine Verwerfung oder ungeachtet des Antrages auf eine solche eine Bestätigung rechtfertigen, kurz angegeben werden.[1]) Da die Beschwerdefrist von der Verkündung des Beschlusses an läuft, ist es angemessen, dass schon bei dieser die Begründung im wesentlichen mitgeteilt wird. Notwendig ist dies aber nicht, da selbst bei der Verkündung von Urteilen die Mitteilung der Urteilsformel genügt (§ 282 C.-P.-O.).[2]) Neben der Verkündung ist eine besondere Zustellung des Beschlusses an die Beteiligten sowenig erforderlich als eine öffentliche Bekanntmachung. Wäre eine besondere Zustellung notwendig, so würde § 171 keinen Zweck haben (Bem. II. 2 zu § 66).[3])

II. Gründe, aus welchen die Verwerfung des Zwangsvergleiches zu erfolgen hat. (§§ 172, 173).

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Hat der Vergleichsvorschlag nicht die beiden in § 169 vorgesehenen Mehrheiten erlangt, so ist, falls nicht Abs. 2 dieses § Anwendung findet, durch Beschluss auszusprechen, dass das Kv. seinen weitern Fortgang zu nehmen habe. Von einer Verwerfung des Zw.-V. durch das Gericht kann, da ein solcher gar nicht zustande gekommen, sondern das Vergleichsverfahren ohne Ergebnis geblieben ist, nicht die Rede sein. Eine etwaige gerichtliche Anordnung, durch welche die weitere Verwertung der Masse eingestellt worden war, verliert durch die Ablehnung des Vergleichsvorschlages ihre Bedeutung und ist durch Beschluss aufzuheben. Wenn die Voraussetzungen der §§ 172 oder 173 vorliegen, so muss der Zw.-V. vom Gerichte verworfen werden. Diese §§ unterscheiden sich aber dadurch voneinander, dass die Verwerfung von Amts wegen auszusprechen ist, wenn einer der im § 172 aufgezählten Mängel vorliegt, während bezüglich der im § 173 Z. 1 und 2 genannten Mängel die Verwerfung von einem K.-Gl. beantragt werden muss. Kann weder § 172 noch § 173 zur Anwendung kommen, so ist der Zw.-V. zu bestätigen, ohne dass es hierzu eines besondern Antrages bedarf. In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt die Anfrage, ob das Gericht auch aus andern als den in den §§ 172, 173 angeführten Gründen die Bestätigung versagen dürfe, worauf Hagens bemerkte: „Die Vorschriften in den §§ 172 und 173 seien exklusiv; wenn keiner der angeführten Gründe vorliege, müsse bestätigt werden. Allerdings seien die Vorschriften des § 173 hinreichend weit, um das Gericht zu befähigen, mittelbar auch andere, für die Beantwortung der beiden exklusiven Fragen wesentliche Momente in Betracht ziehen zu können. So könne z. B. bei der Prüfung, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse aller K.-Gl. entspreche, das frühere oder jetzige, wenig Vertrauen einflössende Betragen des Gemeinschuldners oder der Umstand thatsächlich ins Gewicht fallen, dass der Vergleich nur von einer äusserst geringen Mehrheit angenommen worden sei" (K. S. 112). Diese Auffassung entspricht auch der Vertragsnatur des Zw.-V. (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff.), welche unzweifelhaft bei Aufstellung der einzelnen Vorschriften vorschwebte. Abgesehen davon ergiebt sie sich aus dem Wesen der Bestätigung.

[1]) Endemann S. 601; Fitting § 48 Anm. 14; v. Sarwey S. 793 Nr. 2; Stieglitz S. 639 Anm. a; Willenbücher S. 212 Nr. 3; v. Wilmowski § 171 Nr. 3. A. M.: Hullmann S. 320; Meves S. 178; v. Völderndorff Bd. 2 S. 588, 589; Wengler S. 624.

[2]) Endemann S. 601; v. Völderndorff Bd. 2 S. 588, 589; v. Wilmowski § 171 Nr. 3.

[3]) Fitting § 48 Anm. 14; Meves S. 178; v. Sarwey S. 793; Stieglitz S. 639; v. Völderndorff Bd. 2 S. 588; Willenbücher S. 212; v. Wilmowski § 171 Nr. 3. A. M.: Hullmann § 171 Nr. 2; Meisner S. 355 lit. i; Wengler S. 624.

Diese ist nichts anderes als Feststellung oder Anerkennung der Gesetzmässigkeit eines Vorganges (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff.) und kann deshalb nur aus den im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Gründen versagt werden.

Während in den §§ 175 ff. die Wirkungen des rechtskräftig bestätigten Zw.-V. geregelt sind und § 169 Abs. 2 den Fall vorsieht, dass der Vergleichsvorschlag von der Gl.-V. abgelehnt wird, ist nirgends ausdrücklich bestimmt, was zu geschehen hat, wenn der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners zwar von der Gl.-V. angenommen wurde, das Gericht aber die Bestätigung versagt hat. Die Natur der Sache spricht dafür, dass diese Verwerfung des Zw.-V. einem neuen Vergleichsvorschlag ebensowenig im Wege steht wie die Ablehnung eines frühern Vorschlages. Auch ergiebt sich aus §§ 162, 163 mit Bestimmtheit, dass regelmässig ein neuer Vergleichsvorschlag zulässig ist, gleichviel ob die Verwerfung in einem Mangel des Verfahrens oder in dem Inhalt des Zw.-V. oder in einem Umstande ihren Grund hatte, welcher diesen als gesetzlich unzulässig erscheinen lässt. In den letztern Fällen (§ 162 Z. 1—3) ist ein neuer Vergleichsvorschlag übrigens nur dann statthaft, wenn der Grund, welcher den Zw.-V. ausschliesst, durch Rückkehr des Gemeinschuldners, Leistung des Offenbarungseides, Aufhebung des Strafverfahrens oder Freisprechung weggefallen ist. In den Fällen des § 162 Z. 3 kann der Vergleichsvorschlag nur dann wiederholt werden, wenn das Strafverfahren wieder aufgenommen und die Verurteilung beseitigt worden ist (§§ 399 ff. Str.-P.-O.). Eine vorläufige Einstellung des Strafverfahrens, welche eintritt, wenn der Angeklagte nach Eröffnung des Hauptverfahrens in Geisteskrankheit verfällt oder durch seine Entfernung die Hauptverhandlung verhindert (§ 203 Str.-P.-O.), beseitigt das in § 162 Z. 2 vorgesehene Hindernis nicht, weil dadurch dem Eröffnungsbeschlusse seine Wirkung nicht entzogen wird. Nach § 163 kann übrigens das Gericht auf Antrag den neuen Vergleichsvorschlag immer zurückweisen, wenn bereits ein solcher vom Gerichte verworfen worden ist. Solange ein neuer Vergleichsvorschlag nicht eingereicht worden ist, nimmt unter allen Umständen die Verwertung der Masse ihren ungehinderten Fortgang.

2. *Verwerfungsgründe, welche von Amts wegen zu berücksichtigen sind.* (§ 172.)

Das Gericht muss die Verwerfung auch ohne Antrag aussprechen, wenn das vorhergegangene Verfahren oder der Zw.-V. selbst an wesentlichen und unheilbaren Mängeln leidet (§ 172 Z. 1), oder wenn einer der in § 162 vorgesehenen Fälle der Unzulässigkeit eines Zw.-V. nachträglich eingetreten ist. Wird ein Unzulässigkeitsgrund, welcher vor Abschluss des Vergleiches eingetreten, aber unbekannt geblieben war, nachträglich bekannt, so leidet dieser immerhin an einem wesentlichen Mangel. Es trifft sonach § 172 Z. 1 zu. Solche Mängel muss das Gericht von Amts wegen berücksichtigen. Selbst ein Verzicht der auftretenden Parteien kann sie nicht heilen. Das Gericht kann entweder die Ergänzung des Fehlenden anordnen oder die Verhandlung aussetzen oder die Verwerfung aussprechen. Inwieweit im ersten Falle die nicht beobachteten Vorschriften als wesentlich anzusehen sind und die Verwerfung bedingen, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren und den Abschluss des Zw.-V. liegt insbesondere dann vor, wenn den Bestimmungen des § 160 über den Zeitraum, innerhalb dessen der Zw.-V. abgeschlossen werden kann, zuwidergehandelt worden ist, oder wenn bezüglich der Ansetzung oder der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermines (§ 166) oder der Erklärung des Gl.-A. oder der Niederlegung des Vergleichsvorschlages und dieser Erklärung (§§ 164, 165) etwas versehen wurde. Von einzelnen Schriftstellern wird zwar anscheinend angenommen, nur die Verletzung des § 165 bilde einen Verwerfungsgrund.[1]) Wenn aber schon die Unterlassung der Niederlegung des Gutachtens auf der Gerichtsschreiberei die Verwerfung des Zw.-V. rechtfertigt, muss dessen Nichteinholung die gleiche Wirkung haben.

[1]) v. Sarwey S. 795; v. Völderndorff Bd. 2 S. 591.

In beiden Fällen ist den K.-Gl. ein Mittel entzogen worden, sich auf den Vergleichstermin vorzubereiten.[1]) Die Bestätigung ist auch dann zu versagen, wenn dem Zw.-V. in einzelnen Beziehungen die Zustimmung des Gemeinschuldners fehlt oder der Vergleichsvorschlag im Vergleichstermine in unzulässiger Weise zu ungunsten der K.-Gl. abgeändert wurde (Bem. 2 zu § 161). Ist gegen § 170 Abs. 2 verstossen worden, so kann der Richter diesen Mangel noch nachträglich heilen, indem er die Beteiligten hört. Selbst in der Beschwerdeinstanz kann die Ergänzung des Verfahrens angeordnet werden. Stellt sich in dieser heraus, dass dem § 170 Abs. 2 zuwidergehandelt wurde, so ist allerdings der bestätigende Beschluss mit Unrecht erfolgt. Aber daraus folgt nicht, dass das Beschwerdegericht den Zw.-V. verwerfen muss. Vielmehr kann es die unterlassene Anhörung anordnen und dann darüber entscheiden, ob die Bestätigung geboten ist. Eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren liegt ferner vor, wenn sich hinsichtlich der Stimmberechtigung der bei dem Vergleiche mitwirkenden K.-Gl. oder der Vertretungsbefugnis von Bevollmächtigten Bedenken ergeben und hiernach die erforderliche Mehrheit nicht vorhanden ist. Auf diese letztern Fälle bezieht sich insbesondere die Vorschrift, nach welcher von der Verwerfung abzusehen ist, wenn das Fehlende ergänzt werden kann. Es ist demnach die Bestätigung zu erteilen, wenn der fehlende Nachweis bezw. die Vollmacht nachgebracht oder vervollständigt wurde. Die Abstimmung selbst kann dagegen nur nachgeholt werden, wenn § 169 Abs. 2 zutrifft; deshalb lässt sich das Ergebnis weder durch nachträgliche Übertragung einer Forderung noch dadurch ändern, dass ein K.-Gl. erklärt, in anderem Sinne stimmen zu wollen. Auch die Bestimmungen des § 168 gehören zu den Vorschriften über den Abschluss des Zw.-V. Dieser ist sonach von Amts wegen zu verwerfen, wenn sich aus ihm selbst eine ungleiche Behandlung der K.-Gl. ergiebt und die zurückgesetzten Gläubiger den sie benachteiligenden Bestimmungen nicht ausdrücklich zugestimmt haben, oder ihre Zustimmung auch nachträglich nicht erlangt werden kann. Wenn die Bestimmungen des Zw.-V. eine formelle Gleichstellung der einzelnen K.-Gl. ergeben, ist das Gericht aber nicht verpflichtet, von Amts wegen zu untersuchen, ob nicht versteckte Begünstigung oder mittelbare Benachteiligung eines Gläubigers vorliegt. Vielmehr ist es in solchen Fällen Sache der K.-Gl., nach § 173 die Verwerfung des Zw.-V. zu beantragen.[2]) Ist über einen nach Ablehnung oder Zurücknahme wiederholten Vergleichsvorschlag abgestimmt worden, ohne dass die in § 163 vorgesehene Prüfung des Antrages auf Zurückweisung stattgefunden hat, so liegt zwar ein Mangel des Verfahrens vor. Dieser ist aber durch die Annahme des Vergleichsvorschlages seitens der Gl.-V. geheilt worden. Eine Nachholung der Prüfung würde hier gegenstandslos sein.

3. *Verwerfungsgründe, welche nur auf Antrag berücksichtigt werden dürfen.* (§ 173.)

a. Nach § 173 kann die Verwerfung, soweit § 172 nicht zur Anwendung kommt, aus andern sachlichen, dem Abschlusse oder Inhalte des Vergleiches entnommenen Gründen, nur insoweit erfolgen, als darauf ein Antrag gestellt und begründet worden ist. Der in Abs. 1 Z. 1 aufgestellte Verwerfungsgrund bezieht sich auf das Zustandekommen des Zw.-V. und soll nicht bloss die Begünstigung und den Fall des Betruges, sondern jede Einwirkung auf die K.-Gl. umfassen, welche mit dem Sittengesetze im Widerspruche steht, ohne dass hierbei eine wirkliche Rechtsverletzung vorausgesetzt wird. Insbesondere kann das Stimmenkaufen oder Auskaufen eines Gläubigers unter diesen Gesichtspunkt fallen. Von wem die Begünstigung ausging, oder welche Person den Zw.-V. in unlauterer Weise zustande brachte,

[1]) Fitting § 48 Anm. 3; Stieglitz S. 640; Willenbücher S. 212 Nr. 2; v. Wilmowski § 172 Nr. 2; Ldg. Zwickau 16. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. 5 S. 661.

[2]) v. Sarwey S. 795, 796; v. Völderndorff Bd. 2 S. 591. A. M.: Meisner S. 354 Anm. 7, nach dessen Ansicht das Gericht die Beobachtung des § 168 niemals von Amts wegen zu prüfen hat·

ist gleichgültig. Es genügt, dass unter den vorliegenden Umständen ein Zwang gegen die überstimmten Gläubiger als ungerechtfertigt erscheint. Ist die Begünstigung in der Weise gewährt worden, dass nur bekannte K.-Gl. als benachteiligt erscheinen, und haben diese ihre Zustimmung zu der ungleichen Behandlung gegeben, so können sie nicht lediglich aus dem Grunde, weil sie benachteiligt worden sind, nachträglich die Verwerfung des Zwangsvergleiches beantragen. § 173 Z. 1 trifft in diesem Falle nicht ohne weiteres zu, weil die Begünstigung der Gläubiger zufolge ihrer Genehmigung als eine zulässige erscheint und aus der blossen Thatsache der Bevorzugung nicht folgt, dass der Vergleich in unlauterer Weise zustande gebracht worden ist. Wenn sich bei der Prüfung ergiebt, dass der Zw.-V. lediglich durch Begünstigungen, überhaupt in unlauterer Weise zustande gebracht wurde, kann jedoch § 173 Z. 1 zur Anwendung kommen, obgleich der Gläubiger, welcher die Verwerfung beantragt, der Begünstigung zugestimmt hat, sonach dem § 168 nicht zuwidergehandelt wurde und deshalb § 172 nicht Anwendung finden könnte. Der Thatbestand des § 173 ist ein anderer als der in den erwähnten Bestimmungen vorgesehene, und der Umstand, dass ein K.-Gl. der Begünstigung zugestimmt hat, schliesst seine Befugnis zur Antragstellung in den Fällen des § 173 Z. 1 ebensowenig aus als in denjenigen der Z. 2. Es kommt immer nur darauf an, ob sachlich die Voraussetzungen des § 173 gegeben sind.[1]) Die Z. 1 setzt ursächlichen Zusammenhang zwischen der Begünstigung und dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs voraus („durch Begünstigung").[2]) Nur die Nichtigkeit des Nebenabkommens, welche unabhängig von der Verwerfung des Zwangsvergleichs eintritt, ist von dem ursächlichen Zusammenhang unabhängig (Bem. 1 zu § 168).

Der Verwerfungsgrund der Z. 2 ist auf den Fall beschränkt, dass der Zw.-V. dem gleichen gemeinschaftlichen Interesse aller widersprechen würde. Jedoch lässt die Z. 2 die Verwerfung unbeschränkt auf Grund aller Thatsachen zu, aus welchen eine Benachteiligung der K.-Gl. zu entnehmen ist. Die pr. K.-O. hatte in § 293 Z. 2 den Fall, dass der Gemeinschuldner schon früher einmal in Konkurs gewesen sei und den Mangel eines Verschuldens bezüglich des neuen Kv. nicht nachweisen könne, besonders hervorgehoben und weiter vorgeschrieben, eine Benachteiligung der K.-Gl. sei in der Regel anzunehmen, wenn der Vergleich überwiegend durch die Stimmen solcher Gläubiger, denen noch andere Personen hafteten, oder von Verwandten des Gemeinschuldners u. s. w. zustande gekommen sei. Von derartigen Vorschriften wurde jedoch abgesehen, weil es sich hierbei nur um Beispiele handle, deren Bedeutung dem Richter ohnedies nicht entgehen werde. Die Frage, ob der Zw.-V. dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten K.-Gl. entspricht, ist vom Gerichte nach freiem pflichtmässigem Ermessen unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Eine Verletzung ihrer Interessen würde jedenfalls vorliegen, wenn ihnen ein Verzicht auf die ganze Forderung zugemutet werden sollte. Im übrigen kommt es darauf an, ob dasjenige, was die K.-Gl. erhalten, in richtigem Verhältnisse steht zu dem, was sie bei Durchführung des Kv. zu erwarten hätten. Hierbei ist zu beachten, ob die Erfüllung des Zw.-V. unbedingt gesichert ist, und zu berücksichtigen, dass die Gläubiger durch diesen das Recht der Nachforderung gegen den Gemeinschuldner verlieren, das ihnen bei einer anderweitigen Beendigung des Kv. erhalten bleibt (§ 152). Die Art und Weise, in welcher der Zw.-V. zustande gekommen ist, insbesondere der Umstand, dass ein Bevollmächtigter gegen seinen Auftrag für den Zw.-V. gestimmt hat, ist für die Anwendung der Z. 2 ohne Bedeutung (Bem. I. 2 zu § 169). Ebenso ist nicht entscheidend, dass der Zw.-V. überwiegend durch die Stimmen von Angehörigen des Gemeinschuldners zustande gebracht worden ist, denn er kann deshalb doch den Interessen der übrigen K.-Gl. entsprechen. Die entgegengesetzte Auffassung ist umsoweniger gerechtfertigt, als es bei Aufstellung der K.-O. absichtlich ver-

[1]) Fitting S. 365 § 48 Anm. 5; v. Sarwey S. 797 Nr. 2 und anscheinend auch Stieglitz S. 643, sowie v. Völderndorff Bd. 2 S. 594.

[2]) Kohler S. 489. A. M.: Ldg. Strassburg 28. Sept. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 183.

mieden wurde, den Verwandten das Stimmrecht zu entziehen (Bem. II. 1 zu § 169).[1] Durch eine solche Abstimmung kann vielmehr die Verwerfung nur insofern gerechtfertigt werden, als sich daraus ergiebt, dass der Zw.-V. in unlauterer Weise zustande gebracht worden ist.[2] Die Unwürdigkeit des Gemeinschuldners rechtfertigt an sich die Verwerfung des Vergleiches nicht. Jedoch kann sein Vorleben insoweit in Betracht kommen, als sich daraus der Schluss ziehen lässt, dass auf eine Erfüllung des Vergleiches nicht gerechnet werden könne (Bem. II. 1).

b. Der erforderliche Antrag muss mündlich im Vergleichstermine bezw. in dem gemäss § 170 Abs. 2 zu verkündenden neuen Termine gestellt werden. Ist er schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtschreibers erklärt worden, so ist dessen mündliche Wiederholung im Termine geboten. Der Antrag muss spätestens bis zur Verkündung des Beschlusses gestellt werden. Ist dies unterlassen und der Zw.-V. deshalb bestätigt worden, so kann der Antrag nicht in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden. Die Entscheidung des Konkursrichters ist in diesem Falle gerechtfertigt, da er den Zwangsvergleich nicht von Amts wegen verwerfen durfte. Die Beschwerde ist sonach unbegründet. Auf § 533 C.-P.-O. kann die entgegengesetzte Ansicht nicht gestützt werden, weil dieser nur die Nachholung neuer Thatsachen und Beweise gestattet, hier aber ein versäumter Antrag, der allein die Verwerfung des Zw.-V. möglich gemacht hätte, nachgeholt werden soll.[3] Ist der Antrag auf Verwerfung von einem hierzu berechtigten K.-Gl. gestellt worden, so kann nach § 174 allerdings auch ein anderer Gläubiger gegen den bestätigenden Beschluss Beschwerde einlegen und sich auf den gestellten Antrag berufen. Ebenso kann das Beschwerdegericht, obgleich es an einem Antrage fehlt, den bestätigenden Beschluss aufheben, wenn einer der in § 172 aufgezählten Verwerfungsgründe vorliegt, der Zw.-V. sonach hätte verworfen werden sollen. In diesen Fällen steht aber auch nicht die Nachholung eines versäumten bezw. verspäteten Antrages in Frage. Zur Antragstellung sind nur solche K.-Gl. berechtigt, denen ein Vorrecht nicht zusteht, welche also durch den Zw.-V. berührt werden. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Antragsteller bei der Beschlussfassung in der Gl.-V. mitgewirkt hat. Es genügt vielmehr, dass seine Stimmberechtigung bezüglich dieser Versammlung bereits früher festgestellt war, oder dass er seine Forderung glaubhaft macht (§ 266 C.-P.-O.). Dass ein K.-Gl. in der Gl.-V. für den Vergleich gestimmt hat, entzieht ihm nicht die Befugnis, nachträglich die Verwerfung zu beantragen, zumal seine Zustimmung durch einen Irrtum oder Betrug veranlasst worden sein kann. Diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen nach § 56 im Kv. nicht geltend machen können, sind nicht K.-Gl. und werden deshalb nicht von den Wirkungen des Zw.-V. betroffen. (Bem. II. 3 zu § 2, Bem. I. zu § 56, Bem. I. 2 zu §§ 178 ff.). Sie sind deshalb auch nicht berechtigt, die Verwerfung des Zw.-V. zu beantragen.[4]

Damit der Antrag auf Verwerfung zugelassen werden kann, muss der Antragsteller diejenigen Thatsachen, auf welche er seinen Antrag gründet, gemäss § 266 C.-P.-O. glaubhaft machen. Wenn dieser Forderung nicht genügt wird, ist der Antrag ohne weiteres und ohne dass eine mündliche Verhandlung erforderlich wäre, zurückzuweisen. § 170 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Frage, ob der Zw.-V. bestätigt oder verworfen werden soll, nicht auf die Erledigung der Vorfrage, ob der Antrag überhaupt zulässig sei. Hinsichtlich der hierauf bezüglichen Entscheidung (§ 173 Abs. 2) ist weder mündliche Verhandlung noch überhaupt die Anhörung der Gläubiger vorgeschrieben. Eine besondere Entscheidung ist nur dann

[1] Ldg. Dresden 23. Mai 1883, Buschs Z. Bd. 8 S. 494.

[2] Pr. Obertrib. 29. Juni 1858, Entsch. Bd. 40 S. 390.

[3] A. M.: Fitting S. 366 § 48 Text zu Anm. 8; v. Sarwey S. 802 Nr. 6; Stieglitz S. 642; v. Völderndorff Bd. 2 S. 592 lit. g; Willenbücher S. 214 § 174 Nr. 1; v. Wilmowski S. 433 Nr. 1 zu § 174; Ldg. Strassburg 28. Sept. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 183.

[4] A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 593, 594.

erforderlich, wenn der Antrag zurückgewiesen, nicht auch, wenn er zugelassen wird.[1]) Auf Grund der Glaubhaftmachung allein kann aber der Zw.-V. nicht verworfen werden. Vielmehr sind die Thatsachen, welche die Verwerfung rechtfertigen sollen, derart zu erweisen, dass die volle Überzeugung des Richters von deren Richtigkeit begründet wird. Um deutlicher hervortreten zu lassen, „dass die Glaubhaftmachung nur ein formelles Erfordernis der Zulassung des Antrages, der Nachweis der betreffenden Thatsachen noch ausserdem zu führen sei", wurde die jetzige Fassung des Abs. 2 beschlossen (K. S. 112). Bezüglich der Frage, ob die nötigen Beweise vom Antragsteller beigebracht werden müssen oder von Amts wegen erhoben werden können, ergab sich in der Reichstagskommission allgemeines Einverständnis darüber, dass § 67, der sich auf das ganze Kv. erstreckt, auch hier anzuwenden sei (K. S. 112, 113). Wenn die vorgebrachten Thatsachen nur glaubhaft gemacht, nicht aber bewiesen worden sind, hat hiernach der Richter die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen (Bem. 3 zu § 67).

III. Anfechtung des vom Gerichte erlassenen Beschlusses. (§ 174.)

1) Gegen den Beschluss, durch welchen der Zw.-V. bestätigt oder verworfen worden ist, findet sofortige Beschwerde (§ 66) statt. Diese steht dem Gemeinschuldner wie den einzelnen Gläubigern zu, welche stimmberechtigt waren oder ihre Forderung und damit ihr Interesse glaubhaft machen konnten, jedem aber nur, soweit er in der Lage ist, einen Beschwerdegrund geltend zu machen. Dem Verwalter wurde auch hier nur eine gutachtliche Stellung eingeräumt. Übrigens ist nicht vorgeschrieben, dass dieser, der nach § 170 Abs. 2 vom Gerichte gehört werden musste, in der Beschwerdeinstanz nochmals gehört werden soll. Die Gläubiger können sowohl im Falle der Bestätigung als im Falle der Verwerfung des Vergleiches Beschwerde erheben und es kommt in dieser Beziehung nicht darauf an, ob sie bei der Beschlussfassung über die Annahme des Zw.-V. mitgewirkt und in welcher Weise sie hierbei abgestimmt haben (Bem. II. 3b). Auch K.-Gl., welche sich an der besondern Verhandlung über den Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung nicht beteiligt oder doch keinen Antrag gestellt haben, sind zur Beschwerde berechtigt. Ein Gläubiger, welcher die Bestätigung oder Verwerfung ausdrücklich beantragt hat und dessen Antrag vom Gerichte entsprochen wurde, kann dagegen, da er einen Beschwerdegrund nicht hat, von der Beschwerde nicht mit Erfolg Gebrauch machen. Der Gemeinschuldner ist in der Regel nur dann zur Beschwerde berechtigt, wenn der von ihm vorgeschlagene und von der Gl.-V. angenommene Zw.-V. vom Gerichte verworfen worden ist. Er kann jedoch auch einen bestätigenden Beschluss durch Beschwerde anfechten, wenn er behauptet, der von ihm gemachte Vergleichsvorschlag sei von den K.-Gl. ohne seine Zustimmung abgeändert worden und es hätte deshalb eine Bestätigung nicht stattfinden dürfen.

Die Beschwerde kann nach § 533 C.-P.-O. auf neue Thatsachen gestützt werden. Diese sind jedoch ebenso wie in der ersten Instanz glaubhaft zu machen (§ 173 Abs. 2) und zwar hat dies sofort bei Einreichung der Beschwerde zu geschehen. Andernfalls ist diese ohne weiteres abzuweisen. Die §§ 172, 173 gelten auch im übrigen für das Beschwerdegericht. Dieses hat hiernach von Amts wegen zu prüfen, ob einer der in § 172 vorgesehenen Verwerfungsgründe vorliegt, darf aber auch den Zw.-V. aus andern Gründen als denjenigen verwerfen, welche in diesen §§ vorgesehen sind, und muss, soweit ein Antrag erforderlich ist, prüfen, ob er rechtzeitig gestellt worden ist (Bem. II. 3b). Eine mündliche Verhandlung braucht vor dem Beschwerdegerichte nicht stattzufinden (§ 536 Abs. 1 C.-P.-O.). Deshalb ist hier auch eine Verkündung des Beschlusses nicht geboten.

2) Weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist ausgeschlossen (Abs. 3), weil sonst Verschleppungen eintreten könnten und ohnedies eine zweimalige erschöpfende Erörterung stattfindet, auch der bestätigte Zwangsvergleich wegen Be-

[1]) Stieglitz S. 642 Nr. 1. 1.

truges oder betrüglichen Bankerutts (§§ 182, 183) entkräftet werden kann. Nach der bestimmten Fassung des Gesetzes kann der Beschluss des Beschwerdegerichtes in keinem Falle angefochten werden, gleichviel ob ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des § 531 C.-P.-O. vorliegt oder nicht und ob sich dieser Beschwerdegrund auf die Hauptsache oder auf einen Nebenpunkt bezieht.[1]) § 174 Abs. 3 bezieht sich übrigens nur auf denjenigen Beschluss des Beschwerdegerichtes, durch welchen über die Beschwerde gegen den bestätigenden oder verwerfenden Beschluss des Konkursgerichtes entschieden worden ist. Hatte das Gericht den Antrag auf Verwerfung des Zw.-V. als unzulässig zurückgewiesen und der Antragsteller gegen diesen Beschluss (nach § 66 Abs. 3) Beschwerde eingelegt, so ist die Zulässigkeit der weitern Beschwerde nach § 531 C.-P.-O. zu beurteilen.

§ 175.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist, beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 176.

Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen. Die bestrittenen Masseansprüche sind sicher zu stellen.

Die bevorrechtigten Konkursforderungen sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicherzustellen.

§ 177.

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein anderes bestimmt, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

(E. §§ 175—177; M. S. 421; K. S. 113, 114, 186; pr. K.-O. § 199.)

1) Wenn die Bestätigung des Zw.-V. nicht mehr durch Beschwerde angefochten werden kann, muss die Aufhebung des Kv. ebenso erfolgen, wie wenn eine Schlussverteilung stattgefunden hat. Es werden deshalb durch § 175 die gleichen Bestimmungen getroffen, welche § 151 enthält. Vgl. daher auch die Bem. zu diesem §. Aus der Fassung des Gesetzes darf nicht geschlossen werden, dass der Aufhebungsbeschluss immer unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft der Bestätigung zu erlassen ist. Vielmehr soll nur die Aufhebung und alles, was ihr vorherzugehen hat, möglichst rasch erfolgen. Vor der Aufhebung sind die mit der Beendigung des Kv. im Zusammenhange stehenden Akte, insbesondere die Schlussrechnung des K.-V., wenn deren Ablegung nicht schon mit dem Vergleichstermine

[1]) Teilweise a. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 599, 600.

ausnahmsweise verbunden worden ist, zu veranlassen (Bem. I. zu § 78). Auch die Durchführung der im Vergleiche bedungenen Sicherheitsmaassregeln gehört hierher. Die Erfüllung des Zw.-V. bildet allerdings nicht einen Bestandteil des Kv. Auch hat dessen Aufhebung im allgemeinen zu erfolgen, obgleich der Zw.-V. vom Gemeinschuldner noch nicht vollzogen worden ist. Wenn ausdrücklich bedungen wurde, dass vor Aufhebung des Verfahrens die K.-Gl. in bestimmter Weise sichergestellt werden müssen, muss jedoch zunächst dieser Bedingung genügt sein, ehe die Aufhebung erfolgen kann.[1]) Das Gericht darf nicht ohne Rücksicht auf die Durchführung der im Vergleiche festgesetzten Sicherungsmaassregeln nach Ablauf der hiefür bestimmten Frist die Aufhebung des Verfahrens beschliessen, denn der Zw.-V. ist für das Gericht ebenso wie für die Parteien bindend. Falls ausdrücklich bedungen wurde, er solle erst dann wirksam werden, wenn die K.-Gl. sichergestellt seien, ist sonach der Eintritt dieser Vorbedingung abzuwarten. Ebenso muss die in § 176 vorgeschriebene Befriedigung bezw. Sicherstellung der Massegläubiger und bevorrechtigten K.-Gl. nachgewiesen sein, ehe die Aufhebung angeordnet werden kann. Wem die Ausführung des Zw.-V., insbesondere die Vornahme der bedungenen Sicherheitsbestellungen obliegt, ist im Vergleiche selbst zu bestimmen. In der Regel wird der Vollzug dem K.-V. übertragen werden.

2) Die Massegläubiger und die bevorrechtigten Konkursgläubiger werden durch den Zw.-V. als solchen nicht berührt, da sie durch ihn weder Rechte erwerben, noch in ihren Ansprüchen verkürzt werden. Dagegen ist die Aufhebung des Kv. für diese Gläubiger von Bedeutung, da infolge derselben die Masse, aus welcher sie zu befriedigen sind, wieder in den Besitz des Gemeinschuldners gelangt. Durch § 176 werden deshalb Sicherungsmaassregeln zugunsten dieser Gläubiger vorgeschrieben. Auch kann die Aufhebung des Verfahrens erst erfolgen, nachdem diesen Vorschriften genügt worden ist. Was für bestrittene Masseforderungen vorgeschrieben wurde, gilt in gleicher Weise für bedingte und betagte Forderungen dieser Art, auf welche letztere § 58 nicht zur Anwendung kommen kann. Hat der K.-V. mit Rücksicht auf das Geschäft des Gemeinschuldners Miet- oder Dienstverträge abgeschlossen, welche noch längere Zeit dauern, oder hat er auf Grund der §§ 17 ff. die Fortsetzung derartiger Verträge verlangt, so muss der Gemeinschuldner, wenn er das Geschäft übernimmt und die gemieteten Räumlichkeiten benutzt bezw. von den bedungenen Dienstleistungen Gebrauch macht, natürlich auch die dafür zu bezahlende Vergütung übernehmen. Die Massegläubiger brauchen sich aber nicht einfach auf den Gemeinschuldner verweisen zu lassen, sondern können dafür Sicherstellung verlangen, dass dieser den übernommenen Verbindlichkeiten nachkomme.[2]) Ebenso darf für den Fall einer Auflösung des Vertrages gegen Entschädigung diese von der Masse hierfür verlangt und muss, wenn der Gemeinschuldner deren Zahlung übernimmt, auf Verlangen dafür Sicherheit geleistet werden. Anspruch auf vorgängige Befriedigung oder Sicherstellung aus der Masse haben übrigens nur solche Gläubiger, welche ihre Forderungen vor Aufhebung des Kv. angemeldet haben oder darauf rechnen durften, dass der K.-V. sie von Amts wegen berücksichtige (Bem. 1 zu § 50). Gläubiger, welche sich erst später melden, können nicht verlangen, dass die Herausgabe der Masse an den Gemeinschuldner verweigert oder verzögert werde. Sie müssen sich nun an den Gemeinschuldner halten, weil er das Recht der Verfügung über die Masse wieder erlangt hat (§ 177).

Die Ansprüche der Massegläubiger aus § 176 können im Wege der Klage gegen den Verwalter verfolgt werden, der im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift auch nach Aufhebung des Verfahrens für etwaigen Schaden persönlich verantwortlich ist. Bezüglich der Nachforderung von Gerichtskosten vergl. Bem. 2 zu § 159. Die Masse-

[1]) Endemann S. 602, 603; Fitting S. 370 § 48 Nr. 3 und die Kommentare.

[2]) Fitting S. 369 § 48 Nr. III. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 605 ff.; Willenbücher S. 215 Nr. 2; v. Wilmowski S. 446, 447.

gläubiger können sich übrigens auch an den Gemeinschuldner halten (Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.). Zu den nicht festgestellten bevorrechtigten Forderungen gehören sowohl diejenigen, welche noch gar nicht angemeldet oder wenigstens noch nicht geprüft worden sind, als diejenigen, gegen welche bei der Prüfung Widerspruch erhoben wurde. Hierbei bewirkt es keinen Unterschied, ob die ganze Forderung oder bloss das Vorzugsrecht bestritten worden ist. Diese Forderungen müssen dem K.-V. glaubhaft gemacht werden, damit der Anspruch auf Sicherstellung erwächst. Sodann ist der Anspruch nach Aufhebung des Kv. dem Gemeinschuldner gegenüber durchzuführen. Erkennt der K.-V. die Glaubhaftmachung nicht an, so kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Sicherstellung auf dem Wege der Klage verfolgen. Gelingt es ihm nicht, die Feststellung bezw. die Anerkennung der Glaubhaftmachung vor Aufhebung des Kv. zu erlangen, so kann er seinen Anspruch in Beziehung auf die Masse nicht weiter geltend machen, sich aber immer an den Gemeinschuldner und unter Umständen auch an den K.-V. halten, der für ein Verschulden nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes verantwortlich ist.

3) Da die Erfüllung des Zw.-V. nicht einen Teil des Kv. bildet, schreibt § 177 vor, dass mit der Aufhebung des letzteren, d. h. mit der öffentlichen Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses[1]) der Gemeinschuldner die ihm bisher durch § 5 entzogene Befugnis, über sein Vermögen frei zu verfügen, wieder erlangt. Damit hört die Vertretungsbefugnis des K.-V. auf. Insbesondere hat er nicht mehr die Prozesse über die Masseforderungen für den Gemeinschuldner zu führen, der nun selbständig darüber zu entscheiden hat, ob er die Forderung anerkennen oder bestreiten will.[2]) Hinsichtlich des Anfechtungsanspruches, der bisher dem K.-V. zustand, vgl. Bem. 2 zu § 29, bezüglich der Vereinbarungen über die dem letztern zukommende Vergütung (Bem. 3 zu § 77). Unterwirft sich der Gemeinschuldner im Zw.-V. freiwillig gewissen Beschränkungen, z. B. der Beaufsichtigung durch den K.-V. oder durch eine andere Person, so ist die Wirksamkeit dieser Beschränkungen nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen und wegen Verletzung der übernommenen Verpflichtungen nach Maassgabe dieses Rechtes vorzugehen. Eine Aufhebung des Zw.-V. findet wegen dieser Nichterfüllung nicht statt (§ 181). Durch § 177 wird sogar ausgeschlossen, dass die Aufhebung des Kv. im Zw.-V. von der vorherigen Sicherstellung der an dem Vergleiche beteiligten K.-Gl. abhängig gemacht werde. Der Gemeinschuldner kann sich zu bestimmten Sicherheitsleistungen, z. B. zur Sicherstellung durch Bürgschaftsleistung oder Hypothekbestellung, verpflichten und es kann die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches von der Erfüllung dieser Verpflichtung abhängig gemacht werden (Bem. 1). Auf derartige Beschränkungen bezieht sich der Eingang des § 177. Dagegen kann es nicht als zulässig angesehen werden, dass im Zw.-V. die Aufhebung des Kv. davon abhängig gemacht wird, dass er vom Gemeinschuldner erfüllt worden ist, d. h. alle K.-Gl. vollständig befriedigt worden sind. Eine Vereinbarung des Inhaltes, dass ungeachtet des bestätigten Zwangsvergleiches das Kv. bis zu dessen Vollzug fortdauere und dem Gemeinschuldner die Verfügung über die Masse entzogen sein solle, würde mit dem Wesen des Zw.-V. im Widerspruche stehen. Auch spricht der Umstand, dass gegen den Aufhebungsbeschluss, der ja mit derartigen Bestimmungen des Zw.-V. im Widerspruche stehen könnte, Beschwerde nicht stattfindet, gegen die Zulässigkeit der erwähnten Klauseln.[3]) In keinem Falle ist der K.-V. als solcher berechtigt, den Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzu-

[1]) O.-L.-G. Köln 17. Okt. 1890, rhein. Arch. Bd. 81 I. S. 108 ff.

[2]) R.-G. (II.) 6. März 1891, Entsch. Bd. 27 S. 113 ff.; O.-L.-G. Köln 17. Okt. 1890 a. a. O. A. M.: Fitting § 48 Nr. 22; Hullmann § 176 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. 2 S. 607; v. Wilmowski § 176 Nr. 1.

[3]) Endemann S. 604; Fitting S. 358, 359 § 47 Text u. Anm. 13; v. Sarwey S. 806; Stieglitz S. 650; v. Völderndorff Bd. 2 S. 602; Willenbücher S. 316; v. Wilmowski S. 447. A. M.: Hullmann S. 324; Ldg. Hamburg 27. Febr. 1883, Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 7 S. 229.

halten, welche ausserhalb des Kv. zu erfolgen hat. Vielmehr ist es Sache der Gläubiger, diese Erfüllung zu erzwingen.[1]) Wegen der sogen. „kassatorischen Klausel“ sind die Bem. zu § 181 zu vergleichen.

§ 178.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlussfassung über den Vergleich nicht teilgenommen, oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt.

§ 179.

Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung und des § 152 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.

§ 180.

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urteil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche nur im Falle eines Arrestgrundes.

(E. §§ 178—180; M. S. 421—426; K. S. 114; pr. K.-O. §§ 197, 198, 201.)

I. Wirkungen des Zwangsvergleiches für die Gläubiger sowie gegenüber den Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners. (§ 178.)

1) Die Wirkung des Zw.-V. auf die Forderungsrechte der dadurch betroffenen K.-Gl. wird durch seinen Inhalt bestimmt. Aus seiner Natur ergiebt sich aber, sofern nichts anderes bestimmt wurde, von selbst die Befreiung des Gemeinschuldners von der Verbindlichkeit, den Ausfall, welchen die K.-Gl. durch den Zw.-V. erleiden, nachträglich zu ersetzen. Daraus folgt auch, dass diese nach Abschluss des Zw.-V. im Zweifel nicht diejenigen Nebenforderungen geltend machen dürfen, welche (wie Zinsen und Kostenforderungen u. s. w.) § 56 von der Geltendmachung im Kv. ausschliesst. Dem Wesen des

[1]) Ldg. Hamburg 21. Febr. 1883 a. a. O.

Zw.-V. entspricht es, dass die Gläubiger sich mit einem Teile desjenigen Betrages begnügen, den sie im Kv. angemeldet haben, und dass die Zwangsvergleichsquote auf derselben Grundlage berechnet wird wie die Konkursdividende.[1]) Die Befreiung im Gesetze ausnahmslos vorzuschreiben, wurde nicht für richtig gehalten, weil eine solche Bestimmung mit dem Inhalte des Zw.-V. im Widerspruche stehen könnte. Eine Vorschrift, nach welcher die Befreiung eintritt, sofern im Vergleiche nicht das Gegenteil bestimmt ist (pr. K.-O. § 198 Abs. 1), wurde dagegen als überflüssig angesehen. Ob eine natürliche Verbindlichkeit des Gemeinschuldners bestehen bleibt, ein Rückforderungsrecht bezüglich der freiwillig erfolgten Nachzahlung sonach ausgeschlossen ist, muss nach dem bürgerlichen Rechte beurteilt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dies anzunehmen. Auch wird sowohl nach gemeinem als nach rhein. Recht angenommen, dass eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibe.[2]) Diese wird aber im Gebiete des rhein. Rechts auch durch ein besonderes hierauf bezügliches Erfüllungsversprechen nicht klagbar.[3])

Der Zw.-V. begründet ferner eine Einrede gegenüber der Anfechtungsklage, welche ein Gläubiger ausserhalb des Kv. wegen einer vor der K.-E. erfolgten Rechtshandlung erhebt (§ 13 Abs. 4 Anf.-Ges.).[4]) Wenn eine Konkursforderung aus einem zweiseitigen Vertrage herrührt, auf Grund dessen der Gemeinschuldner eine Gegenleistung verlangen kann, so kann dieser nicht ohne weiteres von dem Gläubiger gegen Bezahlung des aus dem Zw.-V. geschuldeten Betrages die volle Gegenleistung fordern. Vielmehr hängt das Maass der Verpflichtung des Gläubigers davon ab, welchen Gebrauch der K.-V. von dem ihm nach § 15 zustehenden Wahlrechte gemacht hat. Wenn dieser von dem andern Teile die Erfüllung verlangt hatte, so ist dessen Forderung dadurch Masseforderung geworden (§ 52 Z. 1 u. 2, Bem. III. 1 b zu § 52) und unterliegt demnach den Wirkungen des Zw.-V. nicht. Hatte dagegen der K.-V. die Erfüllung abgelehnt, so steht dem andern Teile nur eine Konkursforderung (Entschädigungsforderung) zu, welche allerdings vom Zw.-V. betroffen wird. Der Gemeinschuldner kann aber nicht gegen Erfüllung desselben die volle vertragsmässige Gegenleistung verlangen. Diese darf er vielmehr nur dann fordern, wenn auch er den Vertrag vollständig erfüllt, was er, da der Vertrag nicht aufgehoben ist (Bem. I. 5 zu § 15), immer noch thun kann. Ist im Kv. über das Vermögen eines Aktionärs ein Zw.-V. geschlossen worden und wird von der Aktiengesellschaft die Einzahlung der rückständigen Aktienbeträge verlangt, so kann hiernach der Aktionär nicht gegen Zahlung des aus dem Zw.-V. geschuldeten Teilbetrages Aushändigung der Aktien fordern. Vielmehr kommt es auch hier darauf an, wie sich der K.-V. verhalten hat.[5])

Die Bestimmungen des Zw.-V. bleiben auch dann in Kraft, wenn der Gemeinschuldner neuerdings in Konkurs gerät. Auch in einem solchen Kv. dürfen die Gläubiger, sofern der Zw.-V. nicht wegen Betruges oder betrügerischen Bankerutts angefochten werden kann (§§ 182 ff.), ihre Forderungen nur in der Höhe geltend machen, welche durch den Zw.-V. festgesetzt worden ist, bleiben also an den bewilligten Nachlass gebunden.

Der Zw.-V. ist übrigens nicht als ein Vergleich bezüglich der Forderungen der K.-Gl. anzusehen; sein Gegenstand ist nur die Freigabe der Masse gegen Zahlung einer bestimmten Quote aller Konkursforderungen. In dieser Beziehung wurde in den Mot. (S. 424) bemerkt: Der Zw.-V. berühre nicht unmittelbar die Beschaffenheit der einzelnen Forderungen, noch

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 335 § 126 Nr. 8.

[2]) R.-O.-H.-G. 20. Dez. 1872, Entsch. Bd. 8 S. 279; R.-G. (II.) 22. Sept. 1885, Rhein. Arch. Bd. 75 I. S. 96; O.-L.-G. Köln 10. Dez. 1884, Rhein. Arch. Bd. 75 I. S. 69; O.-L.-G. Nürnberg 4. Apr. 1889, Seuffert Arch. Bd. 45 S. 12 ff.; Ldg. Köln 25. Nov. 1889, rheinpr. Amtsrichterz. Bd. 8 S. 163; Fitting § 49 Anm. 2; Kohler S. 462, 463; Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 148 ff. und die Kommentare.

[3]) R.-G. (II.) 27. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 314; R.-G. (II.) 22. Sept. 1885 u. O.-L.-G. Köln a. a. O.

[4]) O.-L.-G. Hamburg 13. März 1883, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) Bd. 4 S. 192.

[5]) Meisner S. 373 Anm. 2; v. Sarwey S. 841 Nr. 3a; R.-O.-H.-G. 17. Juni 1879, Entsch. Bd. 25 S. 293 ff.

sei er auf deren Feststellung von Einfluss; er enthalte für sie kein Anerkenntnis, keinen neue n und keinen anderen Rechtsgrund; er sei weder ein Vergleich über die einzelne Forderung, noch habe er für sie die Wirkung einer Novation (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff.).[1]) Der K.-Gl., welcher seine Forderung nicht angemeldet hatte, kann diese hiernach in ihrer ursprünglichen Gestalt geltend machen. Da er sie nicht so auszuüben braucht, wie er sie hätte im Kv. geltend machen müssen, berühren die §§ 58, 62, 63 seine Forderung nicht.[2]) Da der Zw.-V. weder eine Novation noch eine Feststellung der Forderungen enthält, kommt ihm auch ein unmittelbarer Einfluss auf den Lauf der Verjährung nicht zu. Diese wird lediglich durch die Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen (§ 13) und beginnt mit der Beendigung des Kv. wieder zu laufen. Wurden dem Gemeinschuldner Zahlungsfristen bewilligt, so fängt die Verjährung in der Regel erst dann wieder zu laufen an, wenn die erste Rate fällig ist, also geklagt werden kann. Nur wenn die Forderung nicht festgestellt ist, der Gläubiger folglich Feststellungsklage erheben muss, beginnt die Verjährung schon früher zu laufen (Bem. 3 zu § 13). Der in einem ausländischen Kv. abgeschlossene Zw.-V. sowie eine dessen Stelle vertretende zwangsweise Befreiung (discharge) des Schuldners verhindert die deutschen Gläubiger nur insoweit, ihre Forderungen im Inlande geltend zu machen, als sie sich dem ausländischen Rechte ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. Eine solche Unterwerfung ist aber nicht schon darin zu finden, dass bezüglich der aus dem Vertrage selbst abzuleitenden Rechte und Verbindlichkeiten das Gesetz des ausländischen Erfüllungsortes maassgebend sein soll.[3]) Auf aussergerichtliche Nachlassverträge kann § 178 ebensowenig wie § 168 Anwendung finden (Bem. 3 zu § 168).[4])

2) Dass sich die Wirkungen des Zw.-V. auf alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger erstrecken, auch wenn sie an dem Verfahren nicht teilgenommen haben oder doch nicht berücksichtigt worden sind, wurde in den Mot. (S. 421) damit gerechtfertigt, dass Allgemeinheit und Gleichheit die Grundlagen seien, auf welchen der Zw.-V. seiner Natur nach beruhe. Absonderungsberechtigte, welche eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner haben, werden von den Wirkungen des Zw.-V. nur insoweit betroffen, als ihnen eine Ausfallsforderung zusteht. Nur insoweit sind sie als K.-Gl. anzusehen und stimmberechtigt (Bem. II. 1 zu § 169).[5]) Nach der abgesonderten Befriedigung können sie, soweit sie einen Ausfall erleiden, die Vergleichsquote beanspruchen, aber nicht mehr.[6]) Den Ausfall nachzuweisen, ist ihre Sache.[7]) Ob der Absonderungsberechtigte bei der Abstimmung über den Zw.-V. mitwirkte, oder ob ihm hierbei das Stimmrecht versagt wurde, weil seine Forderung noch nicht festgestellt war, ist gleichgültig.[8]) In der Annahme der Vergleichsquote, welche auf die ganze Forderung trifft, ist regelmässig ein Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung zu finden (Bem. I. 1 zu § 57 S. 288 Anm. 6 und Bem. II. 4 zu § 3). Solche Forderungen, welche nach § 56 im Kv. nicht geltend gemacht werden können, werden durch den Zw.-V. nicht betroffen, weil sie nicht Konkursforderungen sind (Bem. I. 3 zu § 2, Bem. I. zu § 56).[9])

[1]) Pr. Obertrib. 7. Juni 1859, Striethorst Bd. 33 S. 290 ff.; R.-O.-H.-G. 3. Dez. 1872, Entsch. Bd. 8 S. 144.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 613; Willenbücher S. 217 Nr. 2. A. M.: Fitting § 49 Anm. 1; Stieglitz S. 651; v. Wilmowski S. 449.

[3]) R.-G. (II.) 20. März 1888, Entsch. Bd. 21 S. 7 ff.

[4]) O.-L.-G. Colmar 9. Nov. 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 170 ff.

[5]) R.-G. (IV.) 18. Febr. 1889, Jur. Woch. 1889 S. 139 u. Bolze Bd. 7 Nr. 1257; (III). 21. Juni 1891, (I.) 14. Dez. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 1044, Bd. 9 Nr. 935.

[6]) v. Sarwey S. 811 Nr. 3a; Stieglitz S. 652; v. Völderndorff Bd. 2 S. 612; Willenbücher S. 216 Nr. 1; v. Wilmowski S. 448; R.-G. (II.) 25. Okt. 1881, Entsch. Bd. 5 S. 394 ff.; bayer. ob. Landesger. 13. Jan. 1882, Sammlung Bd. 9 S. 461 ff., Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 481 ff.

[7]) O.-L.-G. Karlsruhe, bad. Ann. Bd. 47 S. 308 ff.

[8]) Bayer. ob. Landesger. a. a. O.

[9]) Endemann S. 604; Fitting § 49 Anm. 1; Stieglitz S. 652; Willenbücher S. 216 Nr. 1; v. Wilmowski S. 449. A. M.: v. Sarwey S. 809 Nr. 2 Bem. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 614.

Eine durch Aufrechnung erloschene Forderung wird durch den Zw.-V. nicht mehr berührt (Vorbem. 3 zu §§ 46 ff.). Im übrigen machen sich dessen Wirkungen auch bei derjenigen Aufrechnung geltend, welche nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zw.-V. erfolgt (Vorbem. 3 zu §§ 46 ff., Bem. IV. 5 zu §§ 149 ff.). Den Wirkungen des Zw.-V. unterliegt ferner nicht eine Forderung, auf deren Geltendmachung im Kv. der Gläubiger verzichtet hat (Bem. 1 zu § 168 S. 502 Anm. 7).[1]

3) Die Frage, ob die Gläubiger ungeachtet des Zw.-V. ihre bisherigen Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unverändert behalten, ist in den verschiedenen Gesetzgebungen abweichend geregelt. In § 178 wird sie bejaht und zwar derart, dass ohne Rücksicht auf das bestehende bürgerliche Recht die Forderungen der Gläubiger in Kraft bleiben. Die Frage der Anwendung allgemeiner civilrechtlicher Grundsätze zu überlassen, wurde für unzweckmässig gehalten, weil die Grundsätze über die Wirkungen der Nachlassverträge in Bezug auf Korreal- und Solidarschuldner sowie auf Bürgen nicht überall dieselben und teilweise sehr bestritten seien. Ausserdem wollte man dem Zw.-V. nicht wie dem freiwilligen Vergleiche die Wirkung einräumen, die Solidarschuldner und Bürgen von ihrer Verbindlichkeit zu befreien, weil der Nachlass nur für die Person des Gemeinschuldners, nicht zugunsten aller Solidarschuldner bewilligt werde und weil der Zw.-V. einen Vergleich über die einzelne Forderung nicht enthalte (Bem. I. 1). In den Mot. wurde noch hervorgehoben, dass man die Gläubiger nicht verleiten dürfe, mit Rücksicht auf ihre besondern Ansprüche gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners anders zu stimmen, als es das Interesse der Gesamtheit bedinge. Für die Anwendung des Satzes, dass der Zw.-V. die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unberührt lässt, ist es gleichgültig, ob der Richter das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen des Zw.-V. mit Recht oder mit Unrecht angenommen hat.[2] Zu den Mitschuldnern, deren Verpflichtung der Zw.-V. nicht berührt, gehört auch derjenige, welcher einem Gläubiger für seine Forderung an den Gemeinschuldner ein Pfand bestellt hat, ohne sich persönlich für die Forderung zu verbürgen. Die Haftung ist aber nur eine dingliche und betrifft bloss den verpfändeten Gegenstand.[3]

II. Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner und die Vergleichsbürgen.
(§ 179.)

1) Da es sich hier nicht um einen Vergleich über die einzelnen Forderungen handelt, deren Bestehen vorausgesetzt und deren Grund und Beschaffenheit durch die Freigabe der Masse und den bewilligten Nachlass nicht berührt wird (Bem. I. 1), kann der Zw.-V. für sich allein sowenig wie das Bestätigungsurteil als Vollstreckungstitel bezüglich der Forderungen dienen, welche zufolge des Abkommens mit dem Gemeinschuldner geltend gemacht werden. Als Vollstreckungstitel dient vielmehr die Feststellung in der Tabelle in Verbindung mit dem bestätigenden Zw.-V., der erkennen lässt, wie hoch sich die Forderung noch beläuft. Die Tabelle enthält die Feststellung, dass eine Konkursforderung in bestimmter Höhe besteht. Aus dem Zw.-V. ergiebt sich, in welchem Umfange sie befriedigt werden soll. Demgemäss wird der in § 152 Abs. 2 für den Fall der Schlussverteilung aufgestellte Grundsatz durch § 179 auch für den Fall eines Zw.-V. zur Anwendung gebracht. Auf Grund der Eintragung in die Tabelle findet auch hier die Zwangsvollstreckung statt, wenn der Gemeinschuldner die festgestellte Forderung nicht im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Gläubiger, welcher zur Zwangsvollstreckung schreiten will, vom Gerichtsschreiber einen Auszug aus der Tabelle, aus welchem sich die Feststellung der Forderung und deren Anerkennung durch den Gemeinschuldner

[1]) R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, R.-Anz. 1889, bes. Beil. 3 S. 215 ff. u. Bolze Bd. 7 Nr. 1254.

[2]) R.-G. (I.) 12. Dez. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 482.

[3]) R.-G. (V.) 28. Nov. u. 1. Dez. 1888, (III.) 21. Juni 1889, Entsch. Bd. 22 S. 325 ff., bes. S. 330 ff., Jur. Woch. 1889 S. 68 u. 307, Entsch. Bd. 23 S. 119 ff.

ergiebt, sowie eine Ausfertigung des rechtskräftig bestätigten Zw.-V. zu erholen. Von beiden Urkunden sind vollstreckbare Ausfertigungen (§§ 662 ff. C.-P.-O.) zu erteilen, weil sie beide notwendig sind, damit eine Zwangsvollstreckung stattfinden kann. Da die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses vorausgesetzt wird, darf der Gerichtsschreiber eine vollstreckbare Ausfertigung davon übrigens erst dann aushändigen, wenn die sofortige Beschwerde nicht mehr zulässig oder erledigt ist (§ 174). Die vollstreckbare Ausfertigung des Zw.-V. kann mit dem Auszuge aus der Tabelle zu einer Urkunde vereinigt werden.[1] Ein derartiges Verfahren empfiehlt sich sogar sehr, weil sonst der Auszug aus der Tabelle missbraucht und von dem Gläubiger versucht werden kann, den hier festgestellten Schuldbetrag beizutreiben. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Fälle, in welchen behauptet wird, der Gemeinschuldner habe seine Verpflichtungen nicht erfüllt (Bem. zu § 181 a. E.).

Soweit es sich um eine Forderung handelt, welche im Kv. nicht festgestellt worden ist (§§ 132, 133), oder gegen welche der Gemeinschuldner Widerspruch erhoben hat, kommt § 179 nicht zur Anwendung. Vielmehr müssen die Gläubiger, wenn der Gemeinschuldner nicht freiwillig einen andern Vollstreckungstitel einräumt (§ 702 C.-P.-O.), gegen ihn Klage erheben und sich ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil verschaffen (§ 132 Abs. 2). Blieb jedoch die Forderung nur hinsichtlich des Vorrechtes bestritten, so steht dieser Streit der Zwangsvollstreckung bis zum Betrage der Accordrate nicht im Wege, weil der Bestand des Vorrechtes ausserhalb des Kv. gleichgültig ist (Bem. IV. 3 zu §§ 149 ff. S. 477) und der Gläubiger, falls das Nichtbestehen des Vorrechtes rechtskräftig festgestellt wird, jedenfalls als gewöhnlicher K.-Gl. die Accordrate verlangen kann. Er ist bedingt aus dem Zw.-V. berechtigt, nämlich unter der Bedingung, dass er als nicht bevorrechtigter K.-Gl. aus dem Streite hervorgeht.[2] Aus diesem Grunde kann ihm allerdings eine vollstreckbare Ausfertigung des Zw.-V. nicht erteilt werden, wohl aber eine vollstreckbare Ausfertigung desjenigen Titels, durch welchen die Forderung festgestellt ist mit Beschränkung auf den Betrag der Zw.-V.-Rate.[3]

In dieser Beziehung kommt ein zwischen dem anmeldenden Gläubiger und dem K.-V. oder einem die Forderung im Prüfungstermine bestreitenden K.-Gl. schwebender Feststellungsprozess (§ 134) nur soweit in Betracht, als es sich hierbei darum handelt, ob die Forderung Konkursforderung ist. Hat der Gemeinschuldner die Forderung gleichfalls bestritten, so muss ohnedies, damit er zur Zahlung angehalten werden kann, die vor Aufhebung des Kv. nicht festgestellte Forderung ihm gegenüber festgestellt werden. Die Anerkennung des K.-V. und der K.-Gl., welche genügt, um die Zulassung eines Gläubigers zum Kv. und zur Teilnahme an den Verteilungen zu rechtfertigen, hat nun, nachdem es sich lediglich darum handelt, ob der Gemeinschuldner persönlich zur Zahlung verpflichtet ist, jede rechtliche Bedeutung verloren. Selbst wenn der Feststellungsprozess weiter geführt werden sollte, was wegen der Kosten geschehen kann, würde ein Urteil, welches die Forderung dem K.-V. und den K.-Gl. gegenüber feststellt und auf Grund dessen der Gläubiger zum Kv. zugelassen werden müsste, wenn ein solches noch bestände, nicht die Wirkung haben, dass der Gemeinschuldner zur Zahlung einer von ihm bestrittenen und ihm gegenüber nicht festgestellten Forderung gezwungen werden kann. Der Gläubiger steht nach Aufhebung des Kv. dem Gemeinschuldner selbst gegenüber und verlangt von diesem Zahlung. Er muss daher auch ihm gegenüber nachweisen, dass er Gläubiger ist. Anderseits kann die Bestreitung der Fordernng durch den K.-V. oder einen andern Gläubiger, wenn die angemeldete Forderung vom Gemeinschuldner selbst anerkannt wird, nicht die Bedeutung haben, dass die Forderung noch den widersprechenden Personen gegenüber festgestellt werden muss. Deren Widerspruch, der für die Frage der Zulassung der bestrittenen Forderung im Kv. entscheidend war, hat nun nach dessen Aufhebung seine Bedeutung verloren. Die

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 438.
[2]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 496.
[3]) A. M.: Oetker a. a. O. S. 497.

übrigen Gläubiger mögen ein thatsächliches Interesse daran haben, dass die Schuldenmasse verringert wird. Sie können aber der Anerkennung seitens des Schuldners durch ihren Widerspruch nicht die rechtliche Wirkung entziehen.[1]) Dem Gemeinschuldner kann die Fortführung eines durch den Widerspruch des K.-V. veranlassten Prozesses, soweit es sich um die Sache selbst handelt, nicht aufgebürdet werden, da es sich in diesem Prozesse nicht darum handelte, ob er die Forderung anzuerkennen habe, und seine Erklärungen für die Zulassung der Forderung zum Verteilungsverfahren unerheblich waren (Bem. III. 1 a. E. zu §§ 149 ff.). Soll ein solcher Prozess weitergeführt werden, was sich nur wegen der Kostenfrage rechtfertigen lässt, so hat dies der widersprechenden Person gegenüber zu geschehen.[2]) Hat der K.-V. den Prozess geführt, so tritt aber der Gemeinschuldner, weil dieser ihn vertreten hat, an seine Stelle. Wenn der Gemeinschuldner die Forderung nicht bestritten hatte, muss der Gläubiger der im Feststellungsprozess befangenen Forderung die Möglichkeit haben, diesen Prozess behufs Erlangung einer Berichtigung der Tabelle fortzuführen, damit er im Falle der Nichterfüllung des Zw.-V. diesen vollstreckbaren Titel benützen kann und nicht genötigt ist, neuerdings gegen den Gemeinschuldner zu klagen. Die Berichtigung der Tabelle muss auch nach Aufhebung des Kv. zulässig sein, sonst müsste man sie auch demjenigen K.-Gl. versagen, welcher vor Aufhebung des Kv. ein rechtskräftiges Urteil erlangt hatte, dessen Berichtigungsantrag aber erst nach der Aufhebung einlaufen würde; letztere Folgerung wäre schwer erträglich.

2) Der Vollstreckungstitel, welcher den Gläubigern auf Grund des § 179 zusteht, würde an sich die Personen nicht treffen, welche sich neben dem Gemeinschuldner für die Erfüllung des Zw.-V. verpflichtet haben. Deshalb wurde durch § 179 die Wirkung der Vollstreckbarkeit auf diejenigen Vergleichsbürgen ausgedehnt, welche gleichzeitig und samtverbindlich mit dem Gemeinschuldner die Verpflichtungen hieraus übernommen haben. Hinsichtlich dieser Personen wird angenommen, dass sie sich durch Übernahme der Bürgschaft auch der Vollstreckbarkeit unterworfen haben, und zwar wirkt diese Annahme unbedingt und ungeachtet entgegengesetzter Vorbehalte. Bezüglich derjenigen Personen, welche sich die Einrede der Vorausklage vorbehalten haben, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Die Gläubiger müssen, wenn ein solcher Bürge seinen Verpflichtungen nicht freiwillig nachkommt, zunächst den Weg der Klage betreten und können erst, wenn sie ein Urteil erwirkt haben, die Zwangsvollstreckung betreiben. Auch wenn die Vorausklage vergeblich war, kann § 179 keine Anwendung finden, da er sich nur auf solche Bürgen bezieht, welche sich die Einrede der Vorausklage nicht vorbehalten haben.[3]) Hinsichtlich derjenigen Personen, welche sich neben dem Gemeinschuldner und samtverbindlich mit ihm verpflichtet haben, wird übrigens unbedingt vorausgesetzt, dass zur Zeit des Zw.-V. die Forderung, deren Vollstreckung in Frage steht, bereits festgestellt war.[4]) Für Forderungen, bezüglich deren bis zur Abstimmung über den Zw.-V. ein Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner nicht erlangt würde, ist ein besonderer Titel gegen den Mitschuldner nach Maassgabe der C.-P.-O. zu erwirken. Diese fordert nicht notwendig ein Urteil; § 702, Z. 4 eröffnet vielmehr einen leichtern Weg.

III. Anspruch auf eine Hypothek. (§ 180.)

1) Nach franz. Rechte (C. de comm. Art. 524, Fallimentsges. Art. 517) hat die gerichtliche Bestätigung des Zw.-V. die besondere Wirkung, dass die einzelnen Gläubiger eine Hypothek an den Liegenschaften des Gemeinschuldners erlangen, bezw. die bei der

[1]) Endemann S. 607; Fitting § 49 Anm. 6; Meves S. 183.

[2]) Endemann S. 607 Anm. 40; Fitting § 49 Anm. 7. A. M.: v. Wilmowski S. 452 Nr. 3 zu § 179; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 507.

[3]) Fitting § 49 Anm. 8; Meisner S. 360; v. Sarwey S. 814; v. Wilmowski S. 452 Nr. 4. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 622.

[4]) A. M.: Fitting § 49 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. 2 S. 620, 621.

K.-E. zugunsten der Masse eingetragene allgemeine Hypothek für die einzelnen Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen erhalten bleibt. Auch ist der Syndik verpflichtet, diese Hypothek durch Einschreibung des Bestätigungsurteils zu wahren, sofern die Gläubiger nicht auf ihr Pfandrecht verzichtet haben. Von einer derartigen Gesamthypothek wurde bei Aufstellung des Entwurfes abgesehen, weil sie weder den Grundsätzen der neuern Hypothekengesetze noch den civilrechtlichen Voraussetzungen einer gerichtlichen Hypothek entspreche. Aber auch Einzelhypotheken zugunsten der verschiedenen Gläubiger wollte man nicht in allgemeiner Weise, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen bewilligen. Damit zufolge des Zw.-V. eine Hypothek geltend gemacht und deren Einschreibung verlangt werden kann, ist erforderlich:

a. dass die Forderung festgestellt ist, also ein Vollstreckungstitel vorliegt;

b. dass nach den Landesgesetzen ein gerichtliches Urteil, also auch die Eintragung in die Tabelle, den Anspruch auf eine Hypothek begründet.

2) Für den Fall, dass diese Voraussetzungen gegeben sind, die Forderung aber noch nicht fällig ist, wird nun nach § 180 der Anspruch auf eine Hypothek an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass ein Arrestgrund (§ 797 C.-P.-O.) vorliegt. Auf fällige Forderungen, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung verfolgt werden können, bezieht sich der § 180 nicht. Da nach § 133 Abs. 2 die Eintragung in die Tabelle rücksichtlich der festgestellten Forderungen wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, ist aber den Gläubigern, deren Forderungen fällig sind, in den Ländern, in welchen die Urteile eine gerichtliche Hypothek gewähren, ohnedies und ohne dass ein Arrestgrund erforderlich ist, die Möglichkeit gegeben, ihre Hypothek eintragen zu lassen. Bei solchen Forderungen kommt es also lediglich auf die Landesgesetze an.[1]) Im übrigen ist es den Beteiligten überlassen, sich über die Bestellung einer von den K.-Gl. gewünschten Hypothek beim Abschlusse des Zw.-V. zu einigen. Insbesondere gilt dies in Ansehung der Vergleichsbürgen, denen gegenüber die Eintragung in die Tabelle zwar als Vollstreckungstitel wirkt, aber nicht als Urteil gilt. Wo ein solcher Titel Anspruch auf Eintragung einer Hypothek gewährt, kann diese allerdings auch in Ansehung des Vergleichsbürgen verlangt werden, soweit § 180 nicht im Wege steht. In welcher Weise die Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 181.

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleiches aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt.

(E. § 181; M. S. 426, 427; K. S. 114; pr. K.-O. § 201.)

Wird der Zw.-V. nicht erfüllt, so kann die Erfüllung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Die Nichterfüllung ist aber kein gesetzlicher Grund, welcher die Aufhebung des Zw.-V. rechtfertigt. Auch wo nach bürgerlichem Rechte die Nichterfüllung eines Vertrages zu einer Auflösungsklage berechtigt, wird das Landesrecht durch § 181, soweit es sich um den Zw.-V. handelt, beseitigt. Gerade weil sonst aus den Grundsätzen des rhein. Rechtes (Art. 1184 C. c.) die entgegengesetzte Folgerung gezogen werden könnte, wurde die Vorschrift des § für notwendig gehalten. Dass die Gläubiger vertragsmässig (durch die sogen. kassatorische Klausel) ausbedingen, es solle der Zw.-V. im Falle der Nichterfüllung für nicht geschlossen gelten, ist nicht ausgeschlossen.[2]) Eine

[1]) Endemann S. 607, 608; Fitting S. 375 § 49 Nr. III; Hullmann S. 330; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 659; Stieglitz S. 658; v. Völderndorff Bd. 2 S. 624; Willenbücher S. 218 a. E.; v. Wilmowski S. 454. A. M.: v. Sarwey S. 817; Kohler S. 497 a. E.

[2]) Dernburg Bd. 2 § 125 Anm. 10; Fitting § 47 Anm. 13; Löhr in Buschs Z. Bd. 16 S. 390 und die Kommentare.

solche Vereinbarung steht der Aufhebung des Kv. in keinem Falle entgegen, da diese nicht wegen der Möglichkeit einer Nichterfüllung unterbleiben darf (Bem. 1 u. 3 zu §§ 175 ff.), und da nur die Befriedigung der K.-Gl., nicht die Aufhebung des Kv. Gegenstand des sog. Zw.-V. ist, folglich auch die kassatorische Klausel sich nur auf erstere, nicht auf letztere beziehen kann.[1]) Die Nichterfüllung berechtigt aber auch ungeachtet der sog. „kassatorischen Klausel" weder zum Antrage auf Wiederaufnahme des Kv. noch zu einer Klage auf Aufhebung des Zw.-V., sondern hat in diesem Falle nur die Folge, dass die Gläubiger ihre Forderung wieder im ursprünglichen Betrage geltend machen und wegen neuerdings eingetretener Zahlungsunfähigkeit abermals die K.-E. beantragen können. Die behauptete Nichterfüllung berechtigt übrigens den Gläubiger nicht ohne weiteres wegen seiner ganzen Forderung die Zwangsvollstreckung auf Grund der Tabelle zu betreiben. Vielmehr muss er diese Nichterfüllung, welche die Bedingung für das Wiederaufleben der Forderung bildet und seine Befugnis, ungeachtet des Zw.-V. die ganze Forderung geltend zu machen, gerichtlich feststellen lassen. Die Aufhebung des Kv. kann durch die Vertragsbestimmung nicht rückgängig gemacht werden.[2]) Soweit es sich um Schadenersatz wegen Nichterfüllung handelt, wird durch den § an dem bestehenden Rechte nichts geändert.

§ 182.

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zustande gebracht ist, so kann jeder Gläubiger den vergleichsmässigen Erlass seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte.

Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden ausserstande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen.

(E. § 182; M. S. 427; K. S. 114, 115; pr. K.-O. §§ 203 und 204.)

1) Durch § 182 wird eine nachträgliche Anfechtung des Zw.-V. wegen Betruges gestattet, weil dieser jeden Vertrag und jedes Urteil entkräftet. Es wird aber den Gläubigern nicht, wie nach franz. Rechte (Fallimentsges. Art. 518) und wie nach der pr. K.-O. (§ 203) das Recht eingeräumt, auf Vernichtung des Zw.-V. zu klagen; vielmehr können die einzelnen Gläubiger nur die ihnen widerfahrene Verletzung geltend machen. Bei Bestätigung des Zw.-V. standen als die eine Partei dem Gemeinschuldner alle beteiligten K.-Gl. gegenüber; nach Aufhebung des Kv. steht dagegen jeder Gläubiger selbständig da. Jeder einzelne Gläubiger kann hiernach auch nur den Erlass seiner Forderung anfechten. Im übrigen bleibt der Zw.-V. bestehen. Eine Wiederaufnahme des früheren Verfahrens tritt nicht ein. Vielmehr kann nur unter Umständen ein neues Kv. beantragt werden. Die Klage eines Gläubigers hat hiernach für die übrigen weder die Hinfälligkeit noch die Unanfechtbarkeit des Zw.-V. zur Folge. Gelingt die Anfechtung, so ist der Gläubiger, welcher sie durchgeführt hat, an den dem Gemeinschuldner bewilligten Nachlass nicht weiter gebunden. Dagegen werden ihm die Vorteile aus dem Zw.-V. nicht entzogen, weil sonst der gewährte Schutz leicht in Beschädigung umschlagen könnte. Auch eine etwaige Bürgschaftsleistung bleibt bestehen, denn der Bürge, welcher mit den K.-Gl. einen Vertrag geschlossen hat, kann aus dem von dem Gemeinschuldner gegen sie verübten Betruge eine Befreiung nicht ableiten.

[1]) Löhr a. a. O.

[2]) Fitting a. a. O. und § 50 Anm. 1; Stieglitz, Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 626.

2) Nach § 203 der pr. K.-O. war die Klage auf Vernichtung des Zw.-V. wegen Betruges nur gestattet, wenn nach Ablauf der Einspruchsfrist in Ansehung der Bestätigung einer der im Gesetze ausdrücklich bezeichneten Betrugsfälle entdeckt wurde. In § 182 wird dagegen von einer solchen Beschränkung auf einzelne Betrugsfälle abgesehen. Der Nachweis, dass der Zw.-V. durch irgend welchen Betrug zustande gebracht worden ist, genügt zur Begründung der Anfechtungsklage. Was im § unter Betrug verstanden wird, wurde in der Reichstagskommission ausführlich erörtert. Jedenfalls ist, wie Hagens hervorhob, darunter etwas anderes, engeres gemeint, als unter der in § 173 Z. 1 gedachten Begünstigung und unlautern Handlungsweise. Zweifellos liegt Betrug im Sinne des § 182 vor, wenn einer der Thatbestände des § 209 Z. 1 u. 2 oder des § 211 erwiesen ist. In solchen Fällen ist trotz der §§ 172 u. 183 die Anfechtbarkeit von Wert, wenn die rechtskräftige Verurteilung des Schuldigen aus andern Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. Aber die Anfechtbarkeit ist weder auf diese Fälle noch auf diejenigen des Betruges im strafrechtlichen Sinne beschränkt. In letzterer Beziehung wurde in der K. der Auffassung von Hullmann zugestimmt, welcher erklärte, „er halte dafür, dass der Begriff »Betrug« in diesem ganz dem Civilrechte angehörigen Gesetze nur in der civilrechtlichen Bedeutung verstanden werden könne. Aber der civilrechtliche und der strafrechtliche Begriff stimmten hinsichtlich des Erfordernisses der Irrtumserregung überein; von einer Verschiedenheit derselben könne nur die Rede sein hinsichtlich der Richtung auf rechtswidrigen Vorteil und hinsichtlich der verursachten Vermögensbeschädigung, indem sich fragen lasse, ob diese Momente für den civilrechtlichen Begriff genau in derselben Formulierung zu erfordern seien, in welchen das St.-G.-B. sie präcisiere. Allein gerade bei der hier fraglichen Anwendung auf einen betrügerisch zustande gebrachten Zw.-V. werde ein solcher Zweifel nicht entstehen können, da hier als Gegenstand der rechtswidrigen Absicht nur die Abschliessung des Vergleiches in Betracht kommen könne und ebenso die in Betracht kommende Vermögensbeschädigung schon in der blossen Thatsache des Vergleichsabschlusses zu finden sei." Hierauf bemerkte Hagens zutreffend: „dass der besondere Nachweis einer Vermögensbeschädigung und einer Absicht des Betrügenden, sich oder dem Gemeinschuldner einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, nicht erforderlich sei." (K. S. 114, 115). Einer besondern Feststellung bedarf es in dieser Hinsicht schon deshalb nicht, weil kein Gläubiger einen Zw.-V. anfechten wird, der ihm vollständige Befriedigung für seine ganze Forderung verschafft, bei Anwendung des § 182 hiernach immer ein solcher Zw.-V. in Frage ist, welcher eine Verkürzung der Forderung, also einen Vermögensnachteil für den Gläubiger enthält. Die Herbeiführung dieses Nachteiles durch Erregung oder Benutzung eines Irrtums beruht notwendig auf rechtswidriger Absicht. Dass der Betrug vom Gemeinschuldner ausging, wird zur Anwendung des § keineswegs vorausgesetzt. Vielmehr genügt es auch, dass der Zw.-V. durch eine betrügerische Einwirkung eines daran interessierten Dritten, z. B. eines Gläubigers, von dem der Gemeinschuldner gar keine Kenntnis gehabt zu haben braucht, herbeigeführt worden ist. Der sonst im bürgerlichen Rechte geltende Grundsatz, dass nur das betrügerische Verhalten eines Vertragschliessenden die Anfechtung wegen Betruges rechtfertigt, wurde hier nicht festgehalten, weil weder die Wirkungen des Zw.-V. sich auf die vertragschliessenden Personen beschränken, noch das Anfechtungsrecht auf diese beschränkt ist, sondern jeder K.-Gl. den Vertrag anfechten kann, gleichviel ob er sich an den Verhandlungen beteiligt hat oder nicht.[1]) Grundsätzlich steht auch dem Gemeinschuldner das Recht zu, den Zw.-V. auf Grund des bürgerlichen Rechtes anzufechten. Jedoch wird es nicht leicht vorkommen, dass er durch Betrug zu dessen Abschluss bestimmt wird. Dass die Täuschung demjenigen Gläubiger gegenüber vorgenommen wurde, welcher die Anfechtungsklage erhebt, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es,

[1]) Dernburg Bd. 2 § 126 Anm. 25; Endemann S. 608; Fitting S. 376 § 50 Nr. 1; Meves S. 184 und die Kommentare. A. M.: Meisner S. 364.

dass von irgend einer Person ein Irrtum hervorgerufen oder unterhalten wurde, um dadurch den Zw.-V. zustande zu bringen, und dass dieser auch lediglich zufolge der bewirkten Täuschung, also durch Betrug, zustande gekommen ist. Wenn die Erregung oder Unterhaltung eines Irrtumes zum Zwecke des Zustandebringens des Zw.-V. und der ursächliche Zusammenhang zwischen diesem Zustandekommen und der Täuschung nachgewiesen ist, bedarf es hiernach keiner weitern Begründung der Anfechtungsklage. Es genügt dagegen nicht, dass einzelne Gläubiger durch Betrug bestimmt wurden, für den Zw.-V. zu stimmen. Vielmehr muss feststehen, dass ohne den Betrug der Vergleichsvorschlag die erforderliche Mehrheit nicht erhalten haben würde.

3) Der zur Anfechtung des Zw.-V. berechtigende Betrug kann von jedem durch ersteren betroffenen Gläubiger geltend gemacht werden, auch wenn dieser sich an den Vergleichsverhandlungen gar nicht beteiligte, oder in der Gl.-V. für den Zw.-V. gestimmt hat (Bem. II. 3 b zu §§ 170 ff.). Die Anfechtung kann auf dem Wege der besondern Klage erfolgen, indem der Gläubiger Feststellung verlangt, dass der Zw.-V. auf einem Betruge beruhe. Diese Klage kann selbständig oder bei Gelegenheit eines andern Prozesses erhoben werden (§§ 231, 253 C.-P.-O.). Der Gläubiger kann aber auch auf Zahlung der ganzen ihm, abgesehen vom Zw.-V., geschuldeten Summe klagen, oder den Weg der Zwangsvollstreckung betreten und den Einwand, dass ein Teil der Schuld im Zw.-V. nachgelassen sei, durch die Erwiderung entkräften, dass dieser auf einem Betruge beruhe und deshalb für ihn unverbindlich sei.

Abs. 2 entspricht dem § 545 C.-P.-O. Die Anfechtung ist hiernach auch dann unzulässig, wenn der Gläubiger den Betrug so zeitig erfuhr, dass er mittels sofortiger Beschwerde (§ 174) die Verwerfung des Zw.-V. hätte herbeiführen können. Auch die Beschwerdeinstanz bildet einen Teil des Bestätigungsverfahrens. Ein Verschulden kann auch in der Nichtbeteiligung am Vergleichstermine oder am Kv. überhaupt gefunden werden. Ferner kann das Verschulden des Vertreters den Vertretenen des Anfechtungsrechtes berauben (§ 210 C.-P.-O.). Dieser Mangel ist aber, da die Zulässigkeit nicht von Amts wegen zu prüfen ist, nur dann zu berücksichtigen, wenn er vom Gegner geltend gemacht wird.[1]) Da sich die Anfechtungsklage aus § 182 sehr wesentlich von der actio doli unterscheidet, besonders soweit es sich um den Gegenstand der Klage handelt (Bem. 1), so kann die für die erwähnte Klage gemeinrechtlich geltende Verjährungsfrist von zwei Jahren hier nicht platzgreifen.[2])

§ 183.

Die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlass auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmaassregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurteilung desselben anordnen.

§ 184.

Im Falle der rechtskräftigen Verurteilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist, das Konkursverfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers wieder aufgenommen.

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 631.

[2]) v. Sarwey S. 820 Nr. 4a; Willenbücher S. 220 Nr. 4. A. M.: Stieglitz S. 662.

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluss des Gerichtes. Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 100, 103, 104, 106 entsprechende Anwendung.

§ 185.

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteiles.

§ 186.

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen teil.

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Teilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleiches bestellten Sicherheit.

§ 187.

Das Verfahren ist soweit als nötig zu wiederholen.

Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft.

(E. §§ 183—187; M. S. 427—430; K. S. 115; pr. K.-O. §§ 202—209.)

I. Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts. Wirkungen derselben im allgemeinen. (§ 183).

Da der betrügliche Bankerutt nach § 162 Z. 2 u. § 172 Z. 2 den Abschluss und die Bestätigung eines Zw.-V. ausschliesst, soll die nachträgliche Verurteilung des Gemeinschuldners wegen eines solchen Verbrechens nicht ohne Einfluss auf den vorher abgeschlossenen und rechtskräftig bestätigten Zw.-V. sein. Sie hat jedoch nicht dessen Nichtigkeit zur Folge. Vielmehr wird dadurch nur der durch den Zw.-V. begründete Nachlass ebenso aufgehoben, wie es auf Grund der erfolgreichen Anfechtung wegen Betruges geschieht (Bem. 1 zu § 182). Diese Wirkung setzt eine Anfechtung des Zw.-V. nicht voraus. Vielmehr ist sie von Rechtswegen an die Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses geknüpft. Die Sache liegt hier insofern anders wie im Falle des § 181, als der Gläubiger, weil der Erlass infolge der rechts-

kräftigen Verurteilung ohne weiteres aufgehoben ist, nicht erst einer Klage und gerichtlicher Feststellung bedarf, sondern auf Grund der Tabelle vorgehen kann. Dass das Gericht schon vor Eintritt dieser Rechtskraft, mit welcher der Zw.-V. einen Teil seiner Wirkungen verliert und die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig wird, Sicherheitsmaassregeln gegen den Gemeinschuldner und zugunsten der Gläubiger treffen kann, hat in den gleichen Erwägungen wie die entsprechende Vorschrift des § 98 ihren Grund. Die Sicherheitsmaassregeln können zwar nur auf Antrag eines Gläubigers angeordnet werden, welcher Wiederaufnahme beantragen kann (Bem. II. 1).[1] Die Anordnungen brauchen sich jedoch nicht auf die Sicherstellung des Antragstellers zu beschränken. Vielmehr können auch solche Maassregeln beantragt und getroffen werden, welche zur Sicherung aller Gläubiger dienen.[2] Ohnehin werden Anordnungen, welche das Interesse des einen Gläubigers schützen, auch dem Interesse der übrigen dienen, da die Maassregeln immer nur Schaden verhüten, nicht einzelnen Gläubigern Vorteile zuwenden sollen. Da das Gericht in Ansehung der Mittel, durch welche die Sicherung erreicht werden soll, nicht an bestimmte Anträge gebunden ist, darf es sogar dann, wenn der Antragsteller nur seine eigene Sicherstellung beantragt hat, solche Anordnungen treffen, durch welche sämtliche Gläubiger gesichert werden. Die entgegengesetzte Ansicht wäre nur dann richtig, wenn das Gericht überhaupt nur diejenigen Sicherheitsmaassregeln treffen dürfte, welche der Antragsteller unter genauer Bezeichnung vorgeschlagen hat. Dies ist aber nicht der Fall.[3] Wenn lediglich die Eröffnung eines neuen Kv. beantragt wird, können Sicherheitsmaassregeln nur unter den Voraussetzungen des § 98, also nachdem die K.-E. in zulässiger Weise beantragt worden ist, dann aber von Amts wegen angeordnet werden. Die Anwendung des § 183 Abs. 2 setzt nicht voraus, dass der Gemeinschuldner bereits verurteilt wurde. Vielmehr genügt es, dass eine Untersuchung wegen betrügerischen Bankerutts eingeleitet worden ist, oder deren Einleitung in Aussicht steht. Dass bereits das Hauptverfahren eröffnet wurde, ist nicht, wie im Falle des § 162 Z. 2, erforderlich. Eine solche Beschränkung darf umsoweniger in das Gesetz hineingetragen werden, als es sich lediglich um Sicherstellung der Gläubiger handelt, welche schon vor der förmlichen Eröffnung des Hauptverfahrens geboten sein kann.[4] In der Regel wird jedoch das Gericht erst, wenn dieses Verfahren eröffnet und damit eine Verurteilung wenigstens wahrscheinlich gemacht ist, von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen. Gegen die Anordnung der Sicherheitsmaassregeln steht dem Gemeinschuldner sofortige Beschwerde zu, und zwar, da das Gesetz nicht unterscheidet, sowohl mit Rücksicht auf die Zweckdienlichkeit oder Angemessenheit der Maassregeln als mit Rücksicht auf deren Zulässigkeit.)[5] Ebenso kann der Antragsteller Beschwerde einlegen, wenn sein Antrag abgelehnt wird. Er hat zwar kein Recht auf die Verhängung von Sicherheitsmaassregeln, welche im Ermessen des Gerichtes steht. Aber er hat ein Recht auf Entscheidung des Gerichtes und kann diese nach § 66 Abs. 3 angreifen, indem er sich auf das Ermessen des Beschwerdegerichtes beruft (Bem. III. 2 zu § 66).[6] Die Sache liegt hier anders als bei Anwendung des § 98, weil dort ein Antragsrecht nicht besteht, der Gläubiger, der die Anordnung der Maassregel angeregt hat, sonach nicht verlangen kann, dass eine Entscheidung getroffen werde. Wird der Gemeinschuldner rechtskräftig freigesprochen, so sind die getroffenen Anordnungen von Amts wegen wieder aufzuheben.

[1]) Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 199.

[2]) Endemann S. 610 und die Kommentare; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 198 betont, dass Sicherheitsmaassregeln zugunsten einzelner überhaupt nicht getroffen werden dürfen.

[3]) Endemann a. a. O.; v. Sarwey S. 821; dies meint wohl auch Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 196. A. M.: Hullmann S. 333 Nr. 3; v. Wilmowski S. 457 Nr. 2 zu § 183.

[4]) A. M. nur Hullmann S. 333.

[5]) A. M. nur Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 200.

[6]) A. M.: Endemann S. 610; Fitting § 50 Anm. 6; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 200.

II. Wiederaufnahme des Konkursverfahrens. (§§ 184—187.)

1) Die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners hat zwar die Nichtigkeit des Zw.-V. nicht zur Folge, doch wird dadurch der bewilligte Nachlass allen Gläubigern gegenüber kraftlos und diese können sich wegen ihrer wiederauflebenden Forderungen an das im Zw.-V. freigegebene Vermögen des Gemeinschuldners halten. Deshalb treten in Beziehung auf die Fortsetzung oder Wiederaufnahme des frühern Verfahrens dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Zw.-V. vollständig unwirksam wäre. Da dessen Nichtigkeit nicht vorgeschrieben und es möglich ist, dass die Gläubiger auch ohne Wiederaufnahme des Kv. vollständige Befriedigung erlangen, findet die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht von Amts wegen statt. Vielmehr bleibt es den Gläubigern überlassen, sie herbeizuführen, und setzt § 184 sonach den Antrag eines K.-Gl. (§§ 95, 97) voraus. Auf die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners kommt es hierbei nicht an, da es sich nicht um die Eröffnung eines neuen, sondern um eine Aufnahme des alten Kv. handelt. Zur Antragstellung berechtigt sind nur solche Gläubiger, welche an dem frühern Verfahren oder wenigstens an dem Zw.-V. beteiligt waren. Personen, welche erst nach der Aufhebung des Kv. Gläubiger geworden sind, können zwar gemäss §§ 95 ff. die K.-E. beantragen; damit deren Antrag stattgegeben werden kann, müssen aber die Voraussetzungen des § 97 vorliegen. Es handelt sich dann um ein neues Verfahren, nicht um die Wiederaufnahme des alten.[1]) Die Beschränkung der Wiederaufnahme auf den Fall, dass genügende Masse vorhanden ist, entspricht den §§ 99, 190. Dass gemäss § 184 nur das alte Kv. wieder aufgenommen wird, ist von Wichtigkeit für die Frage, welche Teile des Verfahrens wiederholt werden müssen (Bem. II. 4). Die alten Gläubiger dürfen deshalb ihre Forderungen im ursprünglichen Betrage unter Abrechnung der etwa empfangenen Zahlungen geltend machen (§ 186 Abs. 1), während sie in einem neuen Kv., wenn der Zw.-V. in Kraft bliebe, die dadurch bewirkte Minderung gelten lassen müssten. Die Wiederaufnahme muss in denselben Formen geschehen wie die K.-E. Auch gelten bezüglich ihrer Wirkungen für die Verfügungsbefugnisse des Gemeinschuldners (§ 5) die nämlichen Vorschriften wie hinsichtlich der Eröffnung eines neuen Verfahrens. Wie die Aufhebung, so muss auch die Wiederaufnahme des Verfahrens öffentlich bekannt gemacht werden. Ebenso kommen bezüglich der vor der Wiederaufnahme des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen die §§ 22 ff. zur Anwendung (Bem. II. 2). Übrigens handelt es sich insofern nicht bloss um Aufnahme des alten Kv., als auch die spätern Gläubiger hieran teilnehmen (§ 186 Abs. 2) und mit Rücksicht darauf auch das nach der Bestätigung des Zw.-V. und der darauf gefolgten Aufhebung des Kv. vom Gemeinschuldner erworbene Vermögen von dem wiederaufgenommenen Verfahren ergriffen wird (Bem. II. 3). Sollte zu der Zeit, in welcher der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt wird, der Gemeinschuldner sich bereits auf Grund einer neuen K.-E. im Konkurse befinden, so müsste dieses Kv. geschlossen werden bezw. in dem wieder aufgenommenen Verfahren aufgehen. Diesem letzteren kommt der Vorrang zu, und es müsste, wenn es sich um Verfahren vor verschiedenen Gerichten handelt, § 64 Abs. 2 Anwendung finden.[2]) Auch wenn das nach Abschluss des Zw.-V. eröffnete neue Kv. bereits beendigt ist, bleibt die Wiederaufnahme des vorausgegangenen Verfahrens rechtlich zulässig und jedenfalls dann angemessen, wenn die an dem Zw.-V. beteiligten K.-Gl. durch das neue Kv. nicht berührt worden waren, weil sie vor der neuerlichen K.-E. vollständige Befriedigung für ihre Forderung aus dem Zw.-V. erhalten hatten; dasselbe gilt aber auch dann, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft. In beiden Fällen handelt es sich darum, dass die alten K.-Gl. durch Wiederaufnahme des Kv. die Möglichkeit erhalten, den im Zw.-V. nachgelassenen Rest ihrer Forderungen bei-

[1]) Endemann S. 610, 611; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 193; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 664; Willenbücher S. 221 Nr. 1; v. Wilmowski S. 458. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 634 lit. c.

[2]) Fitting § 50 Anm. 9; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 664 Anm. b; Willenbücher S. 222 Nr. 5. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 193; v. Völderndorff Bd. 2 S. 634.

zutreiben.[1]) Der Beschluss, durch welchen die Wiederaufnahme angeordnet oder abgelehnt wird, kann ebenso mit Beschwerde angefochten werden, wie derjenige, durch welchen die K.-E. verfügt oder abgelehnt worden ist. § 101 ist hier entsprechend anzuwenden.[2]) Für das Wiederaufnahmeverfahren wird eine volle Gebühr berechnet (§ 58 G.-K.-G.).

2) Da der Gemeinschuldner in den Besitz seines Vermögens und damit von Rechts wegen in die Befugnis wieder eingesetzt war, darüber zu verfügen (§§ 175, 177), durften die von ihm nach Aufhebung des Kv. vorgenommenen Handlungen nicht als unwirksam behandelt werden. Sie sind an sich rechtsgültig; sie unterliegen nur der Anfechtung nach §§ 22—34. Hierbei tritt an die Stelle des Zeitpunktes der K.-E. und des Eröffnungsantrages der Zeitpunkt der Wiederaufnahme und der Antrag auf letztere. Ist der Wiederaufnahme eine neue Zahlungseinstellung vorangegangen, so bleibt diese natürlich maassgebend. Andernfalls ist der Tag des ersten, die Verurteilung aussprechenden Urteiles entscheidend. Diese Zeitgrenzen kommen auch in Ansehung der Zulässigkeit einer Aufrechnung in Betracht (§§ 48, 49). Hiernach können Forderungen, welche nach der ersten K.-E. entstanden sind, in dem aufgenommenen Verfahren zur Aufrechnung verwendet werden, wenn sie vor der Wiederaufnahme begründet wurden.[3]) Neben den alten K.-Gl. können auch alte Massegläubiger ihre Forderungen geltend machen, soweit sie nicht befriedigt worden sind, und zwar gelten diese Forderungen als Masseforderungen, gleichviel ob sie sichergestellt worden sind oder nicht. Auch die Vorrechte behalten in dem wiederaufgenommenen Verfahren ihre Bedeutung.

3) Dass die alten durch den Zw.-V. betroffenen Forderungen, soweit sie nicht bereits getilgt sind, in dem wiederaufgenommenen Verfahren ihrem vollen Umfange nach geltend gemacht werden können, ist eine notwendige Folge des § 182. Auch ergiebt sich aus der Auffassung, dass nicht etwa der Zw.-V. als nicht geschlossen und die Aufhebung des Kv. als nicht geschehen gilt, sondern nur der dem Gemeinschuldner bewilligte Erlass als fortfallend zu betrachten ist, von selbst, dass die Gläubiger nicht verpflichtet sind, die auf Grund des Zwangsvergleiches erhaltenen Zahlungen zur Masse zurückzugewähren. Der Gläubiger hat nicht den ursprünglichen, sondern lediglich den noch ungetilgten Betrag seiner Forderung im Kv. geltend zu machen. Die von ihm in unanfechtbarer Weise empfangenen Zahlungen bleiben ebenso, wie die an spätere Gläubiger geleisteten, wirksam.

Das Recht zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren konnte auf die alten Forderungen, welche schon zur Zeit der Eröffnung des aufgehobenen Kv. bestanden, nicht beschränkt bleiben, weil die Ausschliessung der neuen Gläubiger, deren Forderungen in der Zeit bis zur Wiederaufnahme entstanden sind, dem Rechte widersprochen und den Kredit in bedenklicher Weise gefährdet haben würde. Diese Gläubiger waren berechtigt, der Verfügungsbefugnis des Schuldners und seinem Vermögen zu trauen, gleichviel ob dieses oder jenes Stück vordem zur Masse gehört hatte oder nicht. Darum wäre auch eine Absonderung dieser ältern Stücke zugunsten der alten Gläubiger ungerecht, ausserdem praktisch undurchführbar gewesen. Die neuen Gläubiger haben keinen Anspruch auf eine den alten durch den Zw.-V. bestellte besondere Sicherheit; in dieser Beziehung stehen ihnen die alten Gläubiger wie sonstige Absonderungsberechtigte gegenüber. Die abgesonderte Befriedigung kann von den letzteren jedoch nur für diejenigen Beträge gefordert werden, welche auf Grund des Zw.-V. geschuldet wurden, denn nur für diese Beträge wurde Sicherheit bestellt. Beträgt der Erlös aus einem zur Sicherung des Zw.-V. bestellten Pfande mehr

[1]) A. M.: Oetker a. a. O., welcher mit Unrecht behauptet, das inzwischen eröffnete und beendigte neue Kv. habe als „judicium universale" eine „umfassende definitive Regulierung der Schuldverhältnisse des Kridars" bezweckt und herbeigeführt. Wenn der Wiederaufnahmegrund, wie doch Oetker voraussetzt, erst nach Beendigung dieses neuen Kv. eintritt, kann das letztere den vorausgegangenen Erlass nicht berühren; von definitiver Regelung ist daher keine Rede.

[2]) Fitting § 50 Anm. 9; Willenbücher S. 222 Nr. 4.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 636, 637.

als die Forderungen, welche dadurch sichergestellt werden sollten, so muss hiernach der Überschuss in die zur Befriedigung aller K.-Gl. bestimmte Masse eingeworfen werden. Die neuen Gläubiger dürfen nicht bloss an dem wiederaufgenommenen Kv. teilnehmen, sondern sie müssen dies thun, wenn sie aus dem vorhandenen Vermögen befriedigt sein wollen. Auch kommen in Ansehung derselben die Bestimmungen der §§ 10 ff. zur Anwendung. Diesen Gläubigern stehen die an dem frühern Verfahren beteiligten Gläubiger in Beziehung auf die inzwischen aufgelaufenen Zinsen und Kosten gleich, welche nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als Zinsen und Kosten aus andern Forderungen.[1]) Ausgeschlossen von dem Verfahren sind dagegen diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Wiederaufnahme des Verfahrens noch nicht begründet waren (§ 2). Dass sich das wiederaufgenommene Kv. auch auf das nach der Aufhebung des Verfahrens erworbene Vermögen des Gemeinschuldners in dem durch § 1 begrenzten Umfange erstreckt, ist im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber nach §§ 183 ff. von selbst.[2])

4) Der § 187 bildet einen weitern Beleg dafür, dass ungeachtet der Mitwirkung neuer Gläubiger und der dadurch bedingten Erweiterung der Masse nicht ein neues Verfahren, sondern nur die Wiederaufnahme und Fortsetzung des durch den Zw.-V. beendigten Kv. in Frage steht, und dass alles, was in diesem Verfahren vorgenommen wurde, in Kraft bleibt. Eine Wiederholung der bereits vorgenommenen Handlungen ist nur insoweit erforderlich, als besondere Gründe, z. B. veränderte Umstände, dies notwendig machen. Hieraus ergiebt sich vor allem, dass diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bereits früher angemeldet hatten, sie nicht nochmals anzumelden brauchen, sondern eine Anmeldung nur dann erforderlich ist, wenn von einem solchen Gläubiger eine neue Forderung geltend gemacht wird.[3]) Dass bereits geprüfte und festgestellte Forderungen nur dann von neuem zu prüfen sind, wenn behauptet wird, sie seien seit der Feststellung ganz oder teilweise getilgt worden, ist in Abs. 2 des § ausdrücklich bestimmt. In diesem Falle hat jedoch der Bestreitende die Feststellung zu betreiben, da dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht.[4]) Ist eine Forderung früher zwar geprüft, aber nicht festgestellt worden, weil gegen sie Widerspruch erhoben wurde, so äussert dieser Widerspruch auch in dem wiederaufgenommenen Verfahren seine Wirkung.[5]) Solange die Tilgung nicht behauptet ist, hat es hiernach bei der erfolgten Feststellung sein Bewenden. Wird aber vom K.-V. oder einem K.-Gl. (§ 132) gegen die Forderung Widerspruch erhoben, weil sie getilgt sei, so ist sie damit streitig geworden und eine neue Prüfung erforderlich. Bleibt eine bereits festgestellte Forderung mit Rücksicht auf die behauptete Tilgung streitig, so kommt mit Rücksicht auf die der Eintragung in die Tabelle in § 133 Abs. 2 beigelegte Wirkung § 134 Abs. 6 zur Anwendung. Der Widersprechende hat sonach den Widerspruch zu verfolgen. Zu den Handlungen, welche nicht ohne weiteres zu wiederholen sind, ist auch die Bestellung des Verwalters und eines Gläubigerausschusses zu rechnen. Daraus, dass nicht ein neues Kv. eingeleitet, sondern nur die Aufhebung des frühern rückgängig gemacht wird (Bem. II. 1), ergiebt sich, dass die hiefür bestellten Organe ihre Thätigkeit ohne weiteres wieder aufzunehmen und bis zur Beendigung des Verfahrens fortzusetzen haben. Die Ernennung des K.-V. liegt ohnedies in der Hand des Gerichtes (Bem. I. 1 zu §§ 70 ff.); ein Recht auf Wiederholung des in § 72 vorgesehenen Vorschlages haben die neuen Gläubiger ebensowenig wie im regelmässigen Ver-

[1]) Stieglitz S. 667 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 2 S. 639.

[2]) Dernburg Bd. 2 S. 336 § 126 Nr. 11; Endemann S. 612; Fitting S. 379 § 50 Text zu Anm. 12; König S. 97; Kohler S. 502, 503; Meves S. 185; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 193 und die Kommentare.

[3]) Endemann S. 613; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 84; Fitting S. 380 § 50 Text zu Anm. 18; König S. 98 und die Kommentare.

[4]) Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 75, 88.

[5]) Oetker a. a. O. S. 84.

fahren diejenigen K.-Gl., welche erst nach der ersten Gl.-V. an dem Verfahren teilnehmen konnten. Ebenso liegt die Sache hinsichtlich des Gl.-A. Die später in das Verfahren eingetretenen Gläubiger können gemäss § 84 den Widerruf der Bestellung der einzelnen Ausschussmitglieder beantragen; aber sie haben kein Recht auf eine Wiederholung der Wahl.[1])

Gleichzeitig mit dem Wiederaufnahmebeschluss ist neuerdings offener Arrest zu erlassen, eine neue Anmeldungsfrist (für die neuen Gläubiger) und ein allgemeiner Prüfungstermin anzuberaumen. Auch sind die hierdurch veranlassten Bekanntmachungen (§ 103) und die in den §§ 104, 106, 111 vorgesehenen Anzeigen zu bewirken. Ein dem § 119 entsprechender Bericht ist den Gläubigern im neuen Wahltermine oder, wenn ein solcher nicht stattfindet, im allgemeinen Prüfungstermine zu erstatten. Die Aufzeichnung und das Inventar (§§ 113, 114) ist zu berichtigen sowie eine Bilanz aufzustellen. Ferner kann die wiederholte Leistung des Offenbarungseides gefordert werden, da der Umfang der Masse, zu welcher jetzt auch das neuerworbene Vermögen gehört, sich geändert hat. Ein neuer Zw.-V. ist unzulässig. (§ 162 Z. 2 u. 3). Dagegen kann das Kv. eingestellt werden. Vor dessen Aufhebung ist neuerdings ein Schlusstermin abzuhalten.

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

(§§ 188 – 192.)

Vorbemerkungen.

Die K.-O. kennt zwei Arten der Beendigung des Kv., nämlich die „Aufhebung“ und die „Einstellung“. Die „Aufhebung“ greift in denjenigen Fällen Platz, in welchen die Befriedigung der Gläubiger auf dem Wege der Schlussverteilung oder des Zw.-V. (§§ 151, 175) stattgefunden hat, der Zweck des Kv. demnach soweit thunlich erreicht worden ist. Ausserdem wird der Ausdruck in § 105 gebraucht, wo von der Aufhebung des Kv. zufolge einer den Eröffnungsbeschluss aufhebenden Entscheidung gehandelt wird. „Einstellung“ erfolgt in jenen Fällen, in welchen von der an sich zulässigen Durchführung des Verfahrens abgesehen wird, weil dies alle Beteiligten verlangen, oder weil sich herausstellt, dass eine zur Befriedigung der K.-Gl. verwendbare Masse nicht vorhanden, die Fortsetzung des Verfahrens also zwecklos ist. Von dem ersten Falle wird in den §§ 188, 189, von dem zweiten im § 190 gehandelt. Die §§ 191 und 192 enthalten allgemeine Bestimmungen für beide Fälle der Einstellung. Die §§ 188, 189 treffen auch dann zu, wenn ein Kv., zufolge der Befriedigung sämtlicher Gläubiger beendigt werden soll. Dass die befriedigten Gläubiger nicht mehr K.-Gl. sind, hat auf das Verfahren keinen Einfluss, sondern bewirkt nur, dass sie der Einstellung nicht widersprechen dürfen. Auch durch die Einstellung des Kv., welche im allgemeinen dieselben Wirkungen hat, wie dessen Aufhebung, wird die durch die K.-E. herbeigeführte Auflösung einer Handelsgesellschaft nicht rückgängig gemacht (Bem. III. 2 zu §§ 149 ff. S. 474). Eine besondere Vorschrift gilt für die Einstellung des Kv. über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft. Nach § 109 Abs. 2 des Reichsges. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgen. ist die Einstellung auf Grund der Zustimmung der Gläubiger erst zulässig, nachdem der Vollzug der Schlussverteilung begonnen hat. Die Einstellung wegen mangelnder Masse kann im Genossenschaftskonkurs mit Rücksicht auf die Nachschusspflicht der Genossenschafter nicht wohl vorkommen (§ 93 Abs. 3 und §§ 98 ff. Gen.-Ges.); in § 109 ist auch nicht von verschiedenen Arten der Einstellung die Rede.

[1]) Endemann S. 613; Fitting S. 380 § 50 Text zu Anm. 19; Hullmann S. 337; König S. 98; v. Sarwey S. 820 Nr. 1; Stieglitz S. 668; Willenbücher S. 222; v. Wilmowski S. 459, 460 Nr. 4 zu § 187. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 641 Anm. 1 und anscheinend auch Wengler S. 642, 643.

§ 188.

Das Konkursverfahren ist auf Antrag des Gemeinschuldners einzustellen, wenn er nach dem Ablaufe der Anmeldefrist die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet, aber nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

Das Verfahren kann auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn ausser den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind.

§ 189.

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen. Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche Widerspruch gegen den Antrag erheben. Im Falle des § 188 Abs. 1 steht der Widerspruch jedem Gläubiger zu, welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.

Das Gericht beschliesst über die Einstellung nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters. Im Falle eines Widerspruches ist auch der widersprechende Gläubiger zu hören.

(E. §§ 188, 189; M. S. 435—437; K. S. 115; pr. K.-O. § 210.)

1) Mit Rücksicht auf die strengen Anforderungen an den Zw.-V. und auf den Ausschluss eines Vergleichsverfahrens zur Abwehr der K.-E. wurde in der K.-O. auf die Wirksamkeit aussergerichtlicher Vergleiche besondere Rücksicht genommen. Die Vergleichsverhandlungen sollen zwar die Gläubiger in der Verfolgung ihrer Rechte nicht hindern und deshalb auch den Fortgang des Kv. nicht aufhalten. Der Gemeinschuldner kann aber mit Zustimmung aller Beteiligten die Einstellung des Kv. verlangen. Die Wirkungen des in einem aussergerichtlichen Vergleiche gewährten Nachlasses sowie des hierbei gemachten Vorbehaltes der Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen.[1]) Der Antrag auf Einstellung kann auch von dem flüchtigen Gemeinschuldner gestellt werden, da es an einer dem § 162 Z. 1 entsprechenden Vorschrift fehlt.[2]) Das Gericht kann die Einstellung auf Grund des § 188 weder von Amts wegen, noch auf Antrag des K.-V. oder eines Gläubigers anordnen. Dieselbe kann zwar zu jeder Zeit erfolgen; es muss aber die Einwilligung aller vorhandenen K.-Gl. dazu erbracht sein.

[1]) O.-L.-G. Colmar 2. Jan. 1888 und R.-G. (II.) 20. April 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 1 ff.

[2]) Stieglitz S. 671 Nr. II. 1; v. Völderndorff Bd. 2 S. 646.

Je nachdem die Anmeldefrist abgelaufen ist oder nicht, wird es mit Prüfung der Frage, ob alle K.-Gl. ihre Zustimmung gegeben haben, leichter oder strenger genommen. Im ersten Falle ist auf alle Gläubiger Rücksicht zu nehmen, welche bis zur Antragstellung Forderungen angemeldet haben; aber es ist eine Frist zur Nachholung der Anmeldung gegeben (§ 189). Der Widerspruch eines einzigen Gläubigers, dessen Forderung angemeldet und festgestellt worden ist, genügt, um die Einstellung auszuschliessen und zwar derart, dass auch durch eine Sicherstellung der Widerspruch seine Wirkung nicht verliert. Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Forderung des widersprechenden Gläubigers angemeldet worden und ob sie nach §§ 2 und 56 als Konkursforderung anzusehen ist. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so darf der Widerspruch nicht berücksichtigt werden.[1]) Soweit eine angemeldete Forderung nicht festgestellt ist, entscheidet das freie Ermessen des Gerichtes darüber, inwieweit es der Zustimmung oder Sicherstellung des Gläubigers bedarf, und im Falle des Abs. 2, ob ausser den K.-Gl., deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, noch andere als bekannt anzusehen sind. Das vom Gemeinschuldner gemäss § 96 Abs. 2 eingereichte Gläubigerverzeichnis, die Bücher und Schriften des Gemeinschuldners, die Anmeldungen und namentlich die eintretenden Verhandlungen gewähren hiefür eine hinreichende Grundlage. Im übrigen können gemäss § 67 Ermittelungen angestellt werden. Auch hier kann die Zustimmung eines Gläubigers, dessen Forderung festgestellt ist, nicht durch Sicherstellung ersetzt werden. Es fehlt vielmehr, wenn die Zustimmung verweigert wird, an einem notwendigen Erfordernis der Einstellung.[2]) Andererseits ist auch die Ansicht nicht zutreffend, dass die Vorschrift des Abs. 1, nach welcher die Zustimmung unter Umständen durch Sicherstellung ersetzt werden kann, auf den in Abs. 2 vorgesehenen Fall nicht anwendbar sei. Nach dem Gesetze soll offenbar nur denjenigen Gläubigern, deren Forderungen angemeldet und festgestellt sind, ein unbedingtes Widerspruchsrecht zustehen. Ist es ungewiss, ob eine Forderung angemeldet und anerkannt wird, so soll sie ebenso behandelt werden wie die zwar angemeldeten, aber noch nicht geprüften oder bestrittenen Forderungen.[3]) Abs. 2 des § 188 hat nur den Fall im Auge, dass der Einstellungsbeschluss vor Ablauf der Anmeldefrist ergehen kann. Ist er bis dahin nicht erfolgt, so ist die Vorschrift gegenstandslos. Es ist dann nur Abs. 1 des § maassgebend.[4]) Die Einleitung eines Zwangsvergleichsverfahrens steht der Einstellung nicht im Wege.

2) Den Beteiligten sollte volle Gelegenheit gegeben werden, ihre Rechte geltend zu machen. Der Antrag ist daher nicht bloss öffentlich bekannt zu machen, sondern mit den zustimmenden Erklärungen, für welche es einer besondern Form oder Beglaubigung nicht bedarf, zur Einsicht und Prüfung offen zu legen. Daraus, dass eine besondere Beglaubigung der Zustimmungserklärungen nicht vorgeschrieben ist, folgt nicht, dass das Gericht die Echtheit der Unterschrift nicht prüfen darf. Dieses ist vielmehr berechtigt, wenn Zweifel bestehen, eine Erklärung zu beanstanden und Ermittelungen darüber anzustellen, ob sie wirklich von dem in Frage stehenden Gläubiger herrührt. Das Gesetz hat nur von einer Verpflichtung des Gemeinschuldners und des Gerichtes abgesehen, in allen Fällen eine besondere Beglaubigung beizubringen bezw. zu verlangen.[5]) Die Verpflichtung des Gerichtes, von Amts wegen zu prüfen, ob die Zustimmung aller vorhandenen Gläubiger

1) A. M. nur Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 400, bes. Anm. 7.

2) Endemann S. 615; Fitting § 51 Anm. 18; v. Völderndorff Bd. 2 S. 650 (vgl. aber auch S. 655 lit. f); v. Wilmowski § 188 Nr. 4. A. M.: Hullmann S. 339 Nr. 6; Willenbücher S. 224 Nr. 3a.

3) Fitting § 51 Anm. 6. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2. S. 651.

4) Endemann S. 614; Stieglitz S. 671 Nr. II. 2; v. Völderndorff Bd. 2 S. 646 lit. d; Wengler S. 645; v. Wilmowski § 188 Nr. 2. A. M.: v. Sarwey S. 830 Nr. 6a.

5) Endemann S. 614; Hullmann S. 339 Nr. 5; Stieglitz S. 672 Nr. III.; Willenbücher S. 224 Nr. 4; v. Wilmowski § 188 Nr. 3. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 647, 648.

vorliege, erstreckt sich, falls die Anmeldefrist verstrichen ist, lediglich auf die Feststellung der Thatsache, ob alle K.-Gl„ von denen Anmeldungen vorliegen, ihre Zustimmung erklärt haben. Mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnt eine nach § 68 zu berechnende Frist, innerhalb welcher die Gläubiger der Einstellung widersprechen und zugleich, falls der Ablauf der Anmeldefrist es nach § 188 Abs. 1 erforderlich macht, ihre Forderung noch anmelden können. Die Frist wurde kurz bemessen, weil das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Erfordernisse des § 188 vorliegen. Deren fruchtloser Ablauf hat nur im Falle des § 188 Abs. 1 den Ausschluss der Gläubiger zur Folge, welche es unterlassen haben, ihre Forderungen anzumelden. Das Gericht kann auch hier auf Grund des § 67 Ermittelungen anordnen, den Gl.-A. hören, die Interessen nicht vertretener Gläubiger wahren und dem Gemeinschuldner auf Antrag (§ 115) den Offenbarungseid abnehmen. Der Beschluss ist gemäss § 66 allen Beteiligten, d. h. den Gläubigern, dem K.-V. und dem Gemeinschuldner, zuzustellen. Lehnt das Gericht die Einstellung ab, so steht dem Gemeinschuldner das Recht der Beschwerde zu. Wird dem Antrage stattgegeben, so kann jeder einzelne K.-Gl., auch wenn er dem Antrage zugestimmt hatte (vgl. Bem. 3 S. 539 Text zu Anm. 2)[1]), Beschwerde einlegen. Dem K.-V., der hier eine ähnliche Stellung einnimmt wie bei dem Zw.-V., steht dagegen dieses Rechtsmittel nicht zu, da es bei der Einstellung lediglich darauf ankommt, ob sich der Gemeinschuldner mit allen Gläubigern geeinigt hat.[2])

3) Das Widerspruchsrecht geht nicht schon durch Ablauf der Frist, sondern erst dadurch verloren, dass die Einstellung beschlossen worden ist. Die Frist hat nur die Bedeutung, dass abgewartet werden muss, ob darin Widerspruch erhoben wird. Von einer Ausschliessung des Widerspruches ist umsoweniger die Rede, als von Amts wegen geprüft werden muss, ob alle angemeldeten Gläubiger zugestimmt haben. Dies gilt auch dann, wenn der Schlussatz des § 189 Abs. 1 Anwendung gefunden hat, denn dieser Satz sagt nur, dass innerhalb der Frist zum Widerspruche die bisher versäumte Anmeldung nachgeholt werden kann. Man muss unterscheiden das Erfordernis der Zustimmung aller K.-Gl., welche rechtzeitig Forderungen angemeldet haben und das Erfordernis der Nichterhebung von Widerspruch durch irgend einen, sei es auch verspätet anmeldenden K.-Gl. Ein Gläubiger, der die Anmeldefrist und die Widerspruchsfrist versäumt hat, gehört zwar nicht zu den Gläubigern, welche Forderungen angemeldet haben (§ 188 Abs. 1). Aber in Ansehung der Befugnis zum Widerspruche, welche nach § 189 allen „Konkursgläubigern" zusteht, besteht ein Unterschied nicht. Nimmt man an, dass der Widerspruch grundsätzlich bis zum Erlasse des Einstellungsbeschlusses nachgeholt werden kann, so besteht auch kein Grund, dieses Recht den Gläubigern zu entziehen, welche ihre Forderungen erst nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldet haben. Diese Gläubiger, denen mit dem Rechte zum Widerspruche auch das Beschwerderecht entzogen würde, können ja ihren Widerspruch auch darauf stützen, dass ein anderer Gläubiger nicht zugestimmt habe.[3]) In der Beschwerdeinstanz kann der versäumte Widerspruch sowenig nachgeholt werden wie der Antrag auf Verwerfung des Zw.-V. (Bem. II. 3b zu §§ 170 ff.)[4]). Steht die Thatsache, durch welche die Einstellung bedingt wird, fest, so ist das Gericht nicht berechtigt, den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen, weil noch andere Gläubiger vorhanden sind. Es hat vielmehr diesen nur gemäss § 189 Gelegenheit zu geben, ihre Forderungen noch nachträglich anzumelden. Auch ist, wenn ein Teil der angemeldeten Forderungen streitig geblieben war, zu prüfen, ob die Zustimmung oder die Sicherstellung der Gläubiger verlangt werden muss. Läuft die Anmel-

[1]) A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 402.

[2]) Fitting § 51 Anm. 22; v. Sarwey S. 834 Nr. 5; Stieglitz S. 675 Nr. 2; v. Wilmowski § 189 Nr. 2 a. E. A. M.: Endemann S. 620; v. Völderndorff Bd. 2 S. 661.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 654 Anm. 6; Willenbücher S. 225 Nr. 3; v. Wilmowski § 189 Nr. 1. A. M.: Endemann S. 617, 618; Fitting S. 384 § 51 Nr. I. 2 u. Anm. 22; Kohler S. 506; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 400; v. Sarwey S. 832 Nr. 3; Stieglitz S. 674.

[4]) A. M.: Stieglitz S. 675; v. Wilmowski § 189 Nr. 2.

dungsfrist noch, so muss das Gericht dagegen in allgemeiner Weise prüfen, ob noch weitere Gläubiger vorhanden sind, und hat, wenn sich dies herausstellt und die Zustimmung der ermittelten Gläubiger nicht beigebracht wird, entweder den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen oder Sicherstellung dieser Gläubiger zu verlangen. Im Falle des § 188 Abs. 2 steht es im Ermessen des Gerichtes, ob es die Einstellung verfügen oder den Ablauf der Anmeldefrist abwarten will. Die abweichende Fassung in Abs. 2 („kann“ statt „ist“) bezieht sich allerdings zunächst auf den Zeitpunkt der Einstellung, welche ausnahmsweise auch vor dem Ablaufe der Anmeldefrist erfolgen kann. Aber es ist eben in das Ermessen des Gerichtes gestellt, ob es mit Rücksicht darauf, dass die bekannten Gläubiger zugestimmt haben, von dem gewöhnlichen Verfahren abweichen will. In diesem Falle besteht immer die Gefahr, dass noch weitere Gläubiger vorhanden sind, welche nicht zugestimmt haben. Deshalb ist dem Gerichte eine freiere Stellung eingeräumt worden. Wäre dieses gezwungen, in allen Fällen, in welchen ihm weitere als die zustimmenden Gläubiger nicht bekannt sind, die Einstellung anzuordnen, obgleich es sehr leicht möglich, ja wahrscheinlich ist, dass noch weitere Forderungen bestehen, so würden die Gläubiger häufig geschädigt, obgleich sie ihre Forderungen rechtzeitig anmelden.[1]) Auch ein Gläubiger, welcher seine Zustimmung zur Einstellung erklärt hat, kann gegen diese Widerspruch erheben. Dadurch wird die erteilte Zustimmung nicht hinfällig. Der Gläubiger kann aber geltend machen, dass die Zustimmung anderer Gläubiger fehle.[2]) Der erhobene Widerspruch kann von dem Gläubiger einseitig zurückgezogen werden, nicht aber die erteilte Zustimmung, durch welche der Gläubiger eine materielle Verfügung zugunsten des Gemeinschuldners getroffen hat.[3]) Das Recht, die Echtheit oder Rechtswirksamkeit einer vorgelegten Zustimmungserklärung anzufechten, ist unabhängig vom Rechte des Widerspruches. Auch wenn die Anmeldefrist noch nicht verstrichen ist, sonach § 188 Abs. 2 zutrifft, darf die Einstellung übrigens nicht ohne weiteres verfügt, sondern muss nach Vorschrift des § 189 Abs. 1 verfahren werden. Insbesondere darf der Antrag nicht ohne die in § 189 vorgesehene Bekanntmachung und Niederlegung zurückgewiesen werden, weil nicht die Zustimmung aller Gläubiger beigebracht worden ist. Das Gesetz macht die Einleitung des in § 189 vorgesehenen Verfahrens nicht von der sofortigen Erfüllung aller nach § 188 erforderlichen Vorbedingungen abhängig, und in den Mot. (S. 437) wurde bemerkt, über den Antrag des Gemeinschuldners dürfe nicht „im Wege blosser Dekretur, ohne ein Verfahren mit den Interessenten“ entschieden werden. Es würde auch nicht zweckmässig sein, wenn der Antrag zurückgewiesen würde, obgleich die fehlenden Zustimmungserklärungen nachgebracht oder durch Sicherstellung ersetzt werden können.[4]) Sollte der Gemeinschuldner nur die Zustimmung eines kleinen Teiles der Gläubiger beigebracht haben, was aber kaum vorkommen wird, so kann wohl die Bekanntmachung verschoben und der Gemeinschuldner auf die Notwendigkeit der Ergänzung oder die Aussichtslosigkeit seines Antrages aufmerksam gemacht werden.[5]) Die Kosten des Verfahrens trägt im Falle der Einstellung der Gemeinschuldner, dem die Masse nur nach Abzug der gerichtlichen Kosten herausgegeben wird. Die Gebühren sind in diesem Falle nach § 51 Z. 3—5 G.-K.-G. zu berechnen. Für den Fall der Ablehnung des Antrages fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung. Eine Gebühr ist in diesem Falle nicht zu er-

[1]) Endemann S. 615, 616; Fitting § 51 Anm. 21; v. Sarwey S. 833 Nr. 4 Bem. 3. A. M.: Hullmann S. 339; v. Völderndorff Bd. 2 S. 650, 651; Willenbücher S. 225 Nr. 7; v. Wilmowski S. 463 § 188 Nr. 1.

[2]) Endemann S. 617; v. Sarwey S. 831, 832 Nr. 2 und 3; Willenbücher S. 225 Nr. 5; v. Wilmowski § 189 Nr. 1. A. M.: Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 401; v. Völderndorff Bd. 2 S. 654.

[3]) Endemann S. 617; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 401; v. Völderndorff Bd. 2 S. 654 lit. f. A. M.: v. Wilmowski S. 465 Nr. 1.

[4]) Stieglitz S. 673 Anm. b. A. M.: v. Sarwey S. 832 Nr. 3a; v. Völderndorff Bd. 2 S. 652.

[5]) v. Sarwey und v. Völderndorff a. a. O.

heben. Die Auslagen des Gerichtes sind als Kosten des gemeinschaftlichen Verfahrens zu behandeln und ebenso wie die übrigen Massekosten (§ 51 Z. 1) zu decken.[1])

4) Durch die Einstellung wird das Kv. nicht bloss vorläufig, sondern endgültig erledigt (Vorbem. S. 535). Von einer Wiederaufnahme des Verfahrens ist hiernach sowenig wie in denjenigen Fällen die Rede, in welchen das Kv. nach erfolgter Schlussverteilung aufgehoben worden ist. Die Einstellung steht aber auch einem Antrage auf Eröffnung eines neuen Kv. ebensowenig im Wege, als die „Aufhebung". Ein derartiger Antrag kann selbst von einem solchen Gläubiger gestellt werden, welcher der Einstellung des frühern Verfahrens zugestimmt hatte.[2]) Jedoch muss er glaubhaft machen, dass er noch Gläubiger ist. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Schuldner sich neuerdings im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet (§§ 94, 97). Ist diese Voraussetzung gegeben, so kann dem Antragsteller seine frühere Erklärung, in welcher er der Einstellung des Verfahrens zustimmte, nicht entgegengehalten werden, denn er hatte der Einstellung jedenfalls nur unter der Voraussetzung zugestimmt, dass es dem Gemeinschuldner gelinge, ihn auf gütlichem Wege zu befriedigen.[3])

§ 190.

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen, sobald sich ergiebt, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E. § 190; M. S. 437; K. S. 115)

Wie die K.-E. wegen zu geringer Masse abgelehnt werden kann (§ 99), so ist das Verfahren einzustellen, wenn sich später ergiebt, dass die Masse nicht den Kosten entspricht und für die vorrechtslosen K.-Gl. nichts übrig bleibt. Die Durchführung des Verfahrens bis zu einer formellen Schlussverteilung brächte den Nachteil mit sich, den Gemeinschuldner noch länger in seiner Erwerbsthätigkeit zu hemmen, die Gläubiger vom Zugriff auf das neue Vermögen des Gemeinschuldners und Dritte von neuen Geschäften mit diesem fern zu halten. Deshalb wurde dem Gerichte die Befugnis zur Einstellung eingeräumt, welche in jedem Zeitpunkte, selbst vor dem Prüfungstermine und vor einer Verwertung der Masse, erfolgen kann und auch, wenn die Voraussetzungen des § vorliegen, erfolgen muss. Eines besondern Antrages hierzu bedarf es nicht. Dass in den Mot. die Einstellung auch hinsichtlich derjenigen Fälle für zulässig erklärt worden ist, in welchen nach Bestreitung der Kosten noch Mittel zur vollständigen oder teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorhanden sind, steht nicht im Widerspruche mit dem Gesetz. Es wird hierbei offenbar vorausgesetzt, dass der K.-V. von der ihm durch § 157 eingeräumten Befugnis Gebrauch macht. Reichen die vorhandenen Mittel, falls von einer Durchführung des Verfahrens abgesehen wird, zu einer vollständigen oder teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten K.-Gl. hin, während bei einer Fortsetzung des Verfahrens auch diese Gläubiger leer ausgehen würden, so ist es richtig, die nach Berichtigung der Masseschulden und Massekosten übrig bleibenden Mittel zur Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger zu verwenden und dann das Verfahren einzustellen. Eine Fortsetzung des Verfahrens würde diese Gläubiger in ungerechtfertigter Weise schädigen.[4]) Andererseits würde es dem Gesetze nicht entsprechen, wenn das Verfahren eingestellt und die vorhandene Masse dem Gemeinschuldner ausgehändigt würde, ohne dass vorher von der Befugnis des § 157 Gebrauch gemacht oder

[1]) v. Völdernderff Bd. 2 S. 656.

[2]) R.-G. (III.) 10. Nov. 1885, Jur. Woch. 1886 S. 55 ff.

[3]) A. M.: Herzog in der Jur. Woch. 1886 S. 56 ff., bes. S. 60 ff.

[4]) A. M. nur Hullmann S. 340.

zunächst eine Abschlagsverteilung zum Zwecke der teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorgenommen worden ist. Das Kv. braucht nicht eingestellt zu werden, wenn der K.-V. durch Anfechtungsklagen eine die Kosten des Verfahrens übersteigende Masse herbeischaffen kann und die Mittel zur Durchführung der Anfechtungsprozesse vorhanden sind (Bem. 2 zu § 99). Falls die erfolgreiche Durchführung der Anfechtungsprozesse nicht mehr Masse herbeischafft, als zur Bestreitung der Kosten des Kv. erforderlich ist, bleibt allerdings für die Verteilung unter die K.-Gl. und die Inhaber von Masseansprüchen (§ 52) nichts übrig und erscheint das ganze Kv. als zwecklos.[1]) Auch der K.-V. kann gegen den Einstellungsbeschluss Beschwerde einlegen.[2]) Nach rechtskräftiger Einstellung ist neue K.-E., aber nicht Fortsetzung des alten Verfahrens möglich (Bem. 3 zu §§ 188 ff.).

§ 191.

Der Einstellungsbeschluss und der Grund der Einstellung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 192.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

Die Vorschriften des § 152 finden entsprechende Anwendung.

(E. §§ 191, 192; M. S. 437, 438; K. S. 115.)

Da die Einstellung des Kv. dieselben Wirkungen hat wie dessen Erledigung durch Schlussverteilung oder Zw.-V. (Titel V und VI), kommen bezüglich der Bekanntmachung und Mitteilung des Einstellungsbeschlusses sowie der Löschung des Konkursvermerkes in den Grund- und Hypothekenbüchern die nämlichen Bestimmungen zur Anwendung wie in jenen Fällen. Es ist deshalb im einzelnen auf die Erläuterungen zu den im Gesetze aufgezählten §§ zu verweisen. Die Rechnungslegung hat durch den K.-V. zu erfolgen, dem auch die Befriedigung oder Sicherstellung etwaiger Massegläubiger obliegt. Sobald die Einstellung rechtskräftig geworden ist, hören die in der K.-O. vorgesehenen Wirkungen der K.-E. von Rechts wegen auf; der Gemeinschuldner erhält das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, die Gläubiger aber haben, wenn sie nicht befriedigt werden, das Recht freien Zugriffes. Die durch die K.-E. bewirkte Auflösung einer Handelsgesellschaft wird allerdings nicht rückgängig gemacht (vgl. S. 474 u. 535). Die Eintragung festgestellter Forderungen in die Tabelle gewährt ihnen ebenso einen Vollstreckungstitel wie bei der Aufhebung des Kv. Die zwischen einem anmeldenden Gläubiger und dem K.-V. oder andern K.-Gl. schwebenden Feststellungsprozesse verlieren hier wie nach der Aufhebung des Verfahrens ihre rechtliche Bedeutung für die Ansprüche des K.-Gl., dessen Forderung oder Vorrecht bestritten wurde. Da der K.-Gl. nur der Person des frühern Gemeinschuldners gegenüber steht, kommt es lediglich darauf an, ob dieser selbst die Forderung bestritten hat, bezw. ob ihm gegenüber ein Vollstreckungstitel besteht. Die Bestreitung der Forderung durch den K.-V. oder einen andern Gläubiger entzieht einem derartigen Titel nicht seine Wirkung. Deren Anerkennung kann aber auch diejenige des frühern Gemeinschuldners nicht ersetzen. Die Weiterführung derartiger Prozesse kann deshalb nur wegen der Prozesskosten erfolgen (Bem. II. 1 zu §§ 178 ff.).

[1]) Das Ldg. Metz, 14. Mai 1889 (Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 543), hat schon die Aussicht auf Beischaffung einer die Kosten des Kv. deckenden Masse für ausreichend erklärt.

[2]) Ldg. Metz a. a. O.

Gegen den Einstellungsbeschluss findet nach § 66 Abs. 3 sofortige Beschwerde statt. Der Beschluss ist zunächst dem K.-V., dem Gemeinschuldner und allen K.-Gl. zuzustellen (§ 66 Abs. 2); die Bekanntmachung darf erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgen.[1]) Das Beschwerderecht kann im Falle des § 190 auch der K.-V. ausüben, da hier nicht dem Gemeinschuldner und den K.-Gl. die Verfügung zusteht wie bei dem Zw.-V. und der Einstellung nach § 188. Die Beschwerde kann übrigens in diesem Falle nicht eingelegt werden, wenn der Antrag abgelehnt worden ist. In § 190 wird die Einstellung lediglich in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Wird die Maassregel angeregt, so braucht hiernach das Gericht keine Entscheidung zu treffen (Bem. III. 2 zu § 66).

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

(§§ 193—208.)

Vorbemerkungen.

Die Unterscheidung zwischen „Universal- und Partikularkonkurs" ist der K.-O. fremd. In den Mot. (S. 439 ff.) wurde auseinandergesetzt, warum ein besonderes Verfahren nicht erforderlich sei, soweit es sich um die Befriedigung von Real-, Lehen- und Bergwerksgläubigern, von Erbschaftsgläubigern oder Gläubigern des Erben, von Gläubigern verschiedener Handelsniederlassungen u. s. w. handle. Sodann wurde dargelegt, dass auch in Ansehung solcher Konkurse, für welche besondere Vorschriften erforderlich seien, die angeführte Unterscheidung nicht als notwendig erscheine. Während die K.-O. im Anschlusse an die neuere Gesetzgebung den Begriff des Partikularkonkurses fallen liess, reihte sie dagegen den regelmässigen Bestimmungen des 2. Buches im 8. Titel Ausnahmevorschriften an, welche gewisse, besonders geartete, Fälle eines Kv. erforderlich machen. Diese betreffen das Verfahren:

I. im Konkurs von Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

II. im Konkurs über einen Nachlass;

III. im Konkurs über das inländische Vermögen eines Ausländers.

Auf das Kv. über Handelsgesellschaften und Genossenschaften beziehen sich die §§ 193—201 und zwar beschäftigen sich die §§ 193, 194 mit dem Konkurse über das Vermögen einer Aktiengesellschaft und die jetzt aufgehobenen §§ 195—197 mit demjenigen über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft, während die §§ 198—201 Bestimmungen über den Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten. Die §§ 202—206 handeln von dem Konkurse über einen Nachlass und die §§ 207 u. 208 geben Vorschriften für den Fall, dass ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande das Kv. eröffnet worden ist, oder der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande Vermögen besitzt. Eine besondere Bestimmung enthält das Reichsges. v. 23. April 1886 betr. die Abänderung der Gew.-O. in § 104 m, nach welchem die K.-E. über das Vermögen eines Innungsverbandes kraft Gesetzes dessen Auflösung zur Folge hat und die dem Gemeinschuldner während des Kv. zustehenden Rechte vom Vorstande des Innungsverbandes wahrzunehmen sind. Durch diese Vorschrift ist anerkannt, dass die Innungsverbände gleich den Aktiengesellschaften (§§ 193, 194) trotz der Auflösung als selbständige Rechtssubjekte fortbestehen (Bem. 2 Abs. 2 zu §§ 193 ff.).[2]) Daraus muss gefolgert werden, dass auch über das Vermögen einer Innung ebenso wie über dasjenige von Aktiengesellschaften und

[1]) A. M.: Oelker, Grundbegr. Bd. 1 S. 402 Anm. 3.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 902.

eingetragenen Genossenschaften das Kv. solange eröffnet werden kann, als noch Innungsvermögen ungeteilt vorhanden ist, selbst wenn die Auflösung des Verbandes bereits beschlossen oder sogar teilweise vollzogen wurde.[1])

§ 193.

Über das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Überschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

§ 194.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maassgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

(E. §§ 193, 194; M. S. 441—445; K. S. 117, 118 und 187—190; pr. K.-O. §§ 281—285, 325.)

1) Die §§ 193, 194 finden auf alle Aktiengesellschaften (Art. 207—248 H.-G.-B.) und nach § 6 E.-G. auch auf die Vereine und registrierten Gesellschaften Anwendung, welche auf Grund der bayer. Ges. v. 29. April 1869 bestehen. In der Reichstagskommission wurde zwar beantragt, für Eisenbahnaktiengesellschaften der Landesgesetzgebung die Befugnis zum Erlasse besonderer Bestimmungen vorzubehalten. Der Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte, wenn überhaupt eine Regelung im Wege der Gesetzgebung erfolgen solle, müsse die Abhilfe nicht durch die Landes-, sondern durch die Reichsgesetzgebung getroffen werden; auch würden Bestimmungen in der K.-O. nichts nützen, wenn nicht gleichzeitig Vorschriften betr. die Zwangsvollstreckung getroffen würden; übrigens könnten ähnliche Schwierigkeiten wie bei der Verwaltung einer bankerutten Eisenbahn auch bei Konkursen über andere industrielle Unternehmungen von grossem Umfange eintreten (K. S. 187—190).

Soweit die §§ 193, 194 besondere Vorschriften nicht enthalten, kommen auch bezüglich der Konkurse von Aktiengesellschaften die allgemeinen Bestimmungen der K.-O. zur Anwendung. Insbesondere ist ein Zw.-V. nicht wie nach der pr. K.-O. (§ 285) ausgeschlossen. Zuständig ist hier dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk die Verwaltung der Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 19 C.-P.-O.). Der K.-V. hat nach § 107 das Vermögen der Aktiengesellschaft in Besitz und Verwaltung zu nehmen und ist hiernach befugt, soweit

[1]) Gierke a. a. O. S. 901 Anm. 1.

der bei der Zeichnung geschlossene Vertrag nicht entgegensteht, die auf die Aktien zu leistenden noch nicht erfolgten Zahlungen einzufordern.[1])

2) § 193 Abs. 1 gestattet die K.-E. auch dann, wenn keine Zahlungsunfähigkeit, wohl aber eine Überschuldung vorliegt, weil hier die Gläubiger ausschliesslich auf das Vermögen der Gesellschaft angewiesen sind und deshalb im Falle einer vermöge der Veröffentlichung der Bilanzen (Art. 239, 239 a H.-G.-B.) leicht nachzuweisenden Überschuldung nicht genötigt werden dürfen, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit ausbreche; ausserdem liegt es auch im Interesse der Aktionäre und angesichts des Verkehres, der mit den Aktien getrieben wird, im Interesse des Gemeinwohles, dass einer fortschreitenden Verschlimmerung der Vermögenslage der Gesellschaft Einhalt gethan werden kann (Art. 240, 249 c H.-G.-B., M. S. 441 ff.).

Durch die K.-E. wird zwar die Aktiengesellschaft gemäss Art. 242 Z. 3 H.-G.-B. aufgelöst; diese Auflösung wirkt aber ebensowenig wie eine sonstige vorher erfolgte Auflösung der Gesellschaft auf die Regelung der bestehenden Rechts- und Schuldverhältnisse ein; vielmehr findet nur die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende. Die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Aktiengesellschaft ihre rechtliche Existenz verleiht, bleibt aufrecht bis zur vollzogenen Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre nach der Liquidation des Vermögens und Tilgung der Schulden (Art. 244, 245, 144 H.-G.-B.)[2]), deren Notwendigkeit durch die Aufhebung oder Einstellung des Kv. nicht beseitigt wird (vgl. S. 474, 535 u. 541). Auch nach eingetretener Auflösung kann Zahlungsunfähigkeit ausbrechen und Zahlungseinstellung erfolgen. In diesem Falle, wie in demjenigen der Überschuldung, darf trotz der Auflösung die K.-E. solange stattfinden, als die Verteilung des Vermögens nicht vollständig durchgeführt, eine Teilungsmasse sonach vorhanden ist (§ 193 Abs. 2). Ja selbst nach der Durchführung dieser Verteilung kann der Antrag auf K.-E. noch mit Erfolg gestellt werden, wenn eine Teilungsmasse auf dem Wege der Anfechtung der Verteilung erzielt werden kann. Hat eine Vereinigung („Fusion") stattgefunden, so ist der Antrag auf Eröffnung des Kv. über das Vermögen einer der vereinigten Gesellschaften solange zulässig, als dieses Vermögen noch unter abgesonderter Verwaltung steht.[3])

3) Die K.-E. kann, auch soweit es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, nicht von Amts wegen erfolgen. Da der Eröffnungsantrag nicht als eine Rechtshandlung aufzufassen ist, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft betrifft oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstande hat, wurden zum Antrage nicht bloss die zur Zeichnung befugten Mitglieder des Vorstandes zugelassen; ebensowenig wurde die Übereinstimmung aller Vorstandsmitglieder und Liquidatoren gefordert. Vielmehr steht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede oder Liquidator das Recht zu, die K.-E. zu beantragen. Die Vorstandsmitglieder sind nach Art. 240 Abs. 2 und Art. 249 c Z. 2 H.-G.-B. verpflichtet, die K.-E. zu beantragen. Die Generalversammlung kann sie beauftragen, diesen Antrag zu stellen, aber nicht selbst (etwa in einem von der Mehrheit unterzeichneten Schriftsatze) die K.-E. beantragen.[4]) Auch den Prokuristen oder Beamten der Gesellschaft sowie den einzelnen Aktionären als solchen steht dieses Recht nicht zu. Vielmehr sind diese nur dann zur Antragstellung berechtigt, wenn sie Gläubiger der Gesellschaft sind. Während eine Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit bezw. Überschuldung in Übereinstimmung mit § 96 nicht verlangt wird, wenn sämtliche Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren die K.-E. beantragen, ist die Glaubhaftmachung vorgeschrieben, falls der Antrag nur von einem Teile dieser Personen ausgeht. Es wird dann ebenso verfahren, wie wenn der Antrag von einem Gläubiger gestellt worden wäre, und müssen des-

[1]) R.-O.-H.-G. 11. April 1876, Entsch. Bd. 20 S. 270 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 877 Anm. 2.

[2]) V. auch Frankl, Konkurs d. offenen Handelsges. S. 38 ff.

[3]) Endemann S. 627; v. Völderndorff Bd. 2 S. 673.

[4]) Endemann a. a. O.; Willenbücher S. 228 Nr. 1. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 674.

halb die nicht bei dem Antrage beteiligten Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren gemäss § 97 gehört werden. Die Fassung des § wurde auch hier durch die Reichstagskommission geändert, um deutlich hervortreten zu lassen, dass die Glaubhaftmachung nur die **Zulassung** des Antrages rechtfertige, einen weitern Nachweis zum Zwecke der Begründung aber nicht entbehrlich mache (K. S. 118, Bem. III. 3 zu §§ 95 ff.). Dass hinsichtlich der Befugnis der Gläubiger, die K.-E. zu beantragen, die allgemeinen Bestimmungen der K.-O. (§§ 95, 97) zur Anwendung kommen, ergiebt sich aus der Fassung des Gesetzes und wurde auch in der Reichstagskommission (K. S. 118) von Hagens bestätigt.

4) Soweit im Kv. die Person des Gemeinschuldners und dessen Verpflichtungen in Betracht kommen, wird die Gesellschaft durch die bisherigen Vorstandsmitglieder oder wenn eine Liquidation vorangegangen ist, also die Thätigkeit des Vorstandes ganz und gar aufgehört hat, durch die Liquidatoren vertreten. Jeder von ihnen hat die einem Gemeinschuldner während des Verfahrens obliegenden Pflichten zu erfüllen (Art. 227, 244, 144 H.-G.-B.). In der Reichstagskommission regte Goldschmidt die Frage an, ob es sich nicht empfehle, den in den Mot. ausgesprochenen Satz in das Gesetz selbst aufzunehmen. Darauf erwiderte Hagens: „Die Aufnahme dieses Satzes sei aus demselben Grunde unterblieben, aus welchem die bei der Beratung des § 14 zur Sprache gekommene Streichung des § 19 der Gemeinschuldordnung erfolgt sei.[1]) Unzweifelhaft hätten, wie der Erbe an Stelle des Erblassers, so auch die Vorsteher beziehungsweise Liquidatoren an Stelle der falliten Gesellschaft die Verpflichtungen, welche das Gesetz einem Gemeinschuldner auferlege, zu erfüllen und zwar jeder Vorsteher und jeder Liquidator, denn es seien hier Akte der Geschäftsführung oder der Liquidation nicht in Frage. Es sei aber bedenklich, ganz allgemein alle Vorschriften, welche für den Gemeinschuldner bestehen, auch auf solche Personen, die eigentlich nur Stellvertreter des Gemeinschuldners seien, für anwendbar zu erklären. Beispielsweise glaube er nicht, dass die Vorschrift in § 93 Abs. 1 auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren unbedingt anzuwenden sein würde. Hinsichtlich der Bestimmung in § 93 Abs. 2 sei er für seine Person der entgegengesetzten Ansicht.“ Dem fügte Hertz noch bei: „Schon bei der Beratung der Gemeinschuldordnung habe man vielfache, aber vergebliche Versuche gemacht, eine geeignete Formulierung zu finden. Der Richter werde voraussichtlich auf Grund der Vorschriften des H.-G.-B. bezw. der K.-O. in der Lage sein, in jedem einzelnen Falle das Richtige zu treffen“ (K. S. 117, 118). Im allgemeinen muss der in den Mot. enthaltenen Auffassung zugestimmt werden. Insbesondere ist jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator als verpflichtet anzusehen, gemäss § 92 über die das Kv. betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben, und kann hierzu nach § 93 Abs. 2 zwangsweise angehalten werden. Ist dies richtig, so ist aber auch die von Hagens gemachte Unterscheidung unzutreffend und lässt sich die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, sich von ihrem Wohnorte nicht ohne Erlaubnis des Gerichtes zu entfernen, nicht bestreiten. Die Vorschrift des § 93 Abs. 1 hat hauptsächlich in derjenigen des § 92 ihren Grund, deren Durchführung sie sichert (Bem. II. zu §§ 92 ff.). Ohne sie könnte sich ein Mitglied des Vorstandes der Verpflichtung zur Auskunftserteilung willkürlich entziehen. Die Flucht einzelner oder sämtlicher Vorstandsmitglieder begründet allerdings nicht die Unzulässigkeit des Zw.-V., weil hierbei eine Vertretung der Gesellschaft nicht in Frage steht. Ebensowenig hat die Verurteilung von Vorstandsmitgliedern wegen betrügerischen Bankerutts diese Folge. Die Gesellschaft kann ebensowenig verurteilt werden, als sich auf die Flucht begeben.[2]) Dagegen tritt die Unzulässigkeit des Zw.-V. ein, wenn die Leistung des Offenbarungseides verweigert wird. Diesen haben die Vorstandsmitglieder in Vertretung der

[1]) In § 19 des Entwurfes zu einer Gemeinschuldordnung war gesagt: „Wenn der Gemeinschuldner während des Gemeinschuldverfahrens stirbt oder wenn ein solches über einen Nachlass eröffnet wird, so finden die Vorschriften dieses Gesetzes über das Verhältnis des Gemeinschuldners zur Gemeinmasse auf den Erben Anwendung.“

[2]) Endemann S. 628; Fitting S. 391 § 52 Nr. 4 und die Kommentare.

Gesellschaft zu leisten; es liegt also eine Verweigerung seitens des Gemeinschuldners vor.[1]) Die Anfechtung des Zw.-V. auf Grund des § 182 kann darauf gestützt werden, dass er durch einen von einem Vorstandsmitglied verübten Betrug zustande gebracht worden sei. Soweit es sich nicht um die erwähnten Verpflichtungen, sondern um Ausübung der dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte, also um die Geschäftsführung für die Gesellschaft handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze über die Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren (Art. 136, 227, 229 H.-G.-B.) zur Anwendung. Soweit nichts anderes bestimmt ist, können hiernach Rechtshandlungen, welche den Gemeinschuldner verpflichten, insbesondere Anerkenntnisse von den vorhandenen Vertretern nur in Gemeinschaft vorgenommen werden. Auch soweit es sich um ausdrückliche Bestreitung einer von dem K.-V. und den K.-Gl. anerkannten Forderung handelt, ist die Übereinstimmung sämtlicher Vertreter erforderlich.

§§ 195—197.

Die §§ 195—197 sind durch § 153 des Reichsges. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, das am 1. Okt. 1889 in Kraft trat, aufgehoben worden. An ihre Stelle sind die §§ 91—111, 116—119, 122—124, 134, 135 dieses Gesetzes getreten. Hiervon beziehen sich die §§ 91—111 auf alle drei Arten von Genossenschaften, welche § 2 Gen.-Ges. zugelassen hat, während die übrigen Bestimmungen auf die besondern Verhältnisse der einzelnen Arten berechnet sind und daher jeweils nur auf eine Genossenschaftsart Anwendung finden. Auch im Konkurse über das Vermögen einer unter der Herrschaft des alten Gen.-Ges. begründeten Genossenschaft findet das neue Gesetz Anwendung (§§ 154 ff. dieses Ges.). Nur § 197 K.-O. hatte für die Übergangszeit eine vorübergehende Bedeutung behalten (§ 161 Gen.-Ges.).

Lit.: Kommentare zum Gen.-Ges. von Joël, Maurer, Parisius und Crüger, Pröbst, ferner v. Wilmowski, Kommentar zur K.-O. S. 476 ff. Der erste vom Bundesrat veröffentlichte Entwurf erschien unter dem Titel: Entwurf eines Gesetzes, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, nebst Begründung u. Anlage; Amtliche Ausgabe, Berlin, Vahlen 1888. Hier wird nur der dem Reichstag am 27. Nov. 1888 vorgelegte zweite Entwurf nebst Begründung (Stenograph. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 7. Legislaturperiode, 4. Session 1888/89, Bd. 4 = Anl. Bd. 1 Nr. 28) angeführt. Der Bericht der Reichstagskommission (K.-B.) findet sich daselbst Bd. 5 = Anl. Bd. 2 Nr. 132.

Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

7. Abschnitt.

Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 91.

Das Konkursverfahren findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, nach Auflösung der Genossenschaft auch im Falle der Überschuldung statt.

Nach Auflösung der Genossenschaft ist die Eröffnung des Verfahrens solange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

(E. § 89; M. S. 237 ff.; K. B. S. 814 ff.)

[1]) A. M.: Endemann S. 628 und v. Völderndorff Bd. 2 S. 669.

Wie bei der Aktiengesellschaft (§ 193 K.-O.) findet auch bei der eingetr. Genossenschaft nicht bloss im Falle der Zahlungsunfähigkeit (§ 94 K.-O.), sondern auch wegen Überschuldung die K.-E. statt. Die letztere wirkt jedoch hier regelmässig nur nach Auflösung der Genossenschaft und auch dann nur, solange die Verteilung des Vermögens noch nicht vollzogen ist. Dieser Vollzug setzt nach § 88 Gen.-Ges. voraus, dass eine Tilgung oder wenigstens Deckung der Schulden erfolgt ist (§ 88 Gen.-Ges.). Die Abweichung von § 193 beruht auf der Erwägung, dass die Überschuldung bei der Genossenschaft wegen der unbeschränkten Haftung bezw. Nachschusspflicht der Genossenschafter, die Gläubiger nicht in dem Maasse gefährdet, wie bei der Aktiengesellschaft (vgl. noch §§ 115, 120 Gen.-Ges.). Diese Erwägung trifft jedoch auf die Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht (§ 2 Z. 3 Gen.-Ges.) nicht zu, weshalb § 134 hier die Überschuldung auch bei bestehender Genossenschaft als Eröffnungsgrund anerkennt, wenn die Schulden das Aktivvermögen um ein Viertel der Haftsummen aller Genossen übersteigen. Die K.-E. ist hiernach zulässig wegen Zahlungsunfähigkeit bei allen 3 Genossenschaftsarten sowohl bei Bestehen als nach Auflösung der Gesellschaft; wegen Überschuldung bei Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht oder unbeschränkter Nachschusspflicht nur nach Auflösung, bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht auch während des Bestehens der Gesellschaft.

§ 92.

Sobald die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen; dasselbe gilt, wenn bei oder nach Auflösung der Genossenschaft aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz Überschuldung sich ergiebt.

Die Mitglieder des Vorstandes sind der Genossenschaft zum Ersatz einer nach diesem Zeitpunkte geleisteten Zahlung nach Maassgabe des § 32 verpflichtet.

Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

(E. § 89; M. S. 237 ff.; K. B. S. 814 ff.)

1. Die durch Abs. 1 nach dem Vorbilde des Art. 240 Aktienges. eingeführte Verpflichtung des Vorstands ist durch einen von dem Vorstand als solchem, nicht von einzelnen Vorstandsmitgliedern zu stellenden Antrag zu erfüllen. Der von allen Vorstandsmitgliedern gemeinsam gestellte Antrag bedarf nach § 93 Abs. 2 keiner Glaubhaftmachung der den Antrag begründenden Behauptung. Besteht über die Voraussetzungen des Abs. 1 unter den Vorstandsmitgliedern keine Einigkeit, so kann sich jedes einzelne Mitglied der durch § 142 Z. 2 auf die Unterlassung gedrohten Strafe dadurch entziehen, dass es gemäss § 93 selbständig die K.-E. beantragt. Die Verpflichtung besteht in allen Fällen, in welchen nach § 91 K.-E. zulässig ist. Die Worte „bei oder“ wurden von der Reichstagskommission in den zweiten Teil des Abs. 1 mit Rücksicht auf die in §§ 115, 120 begründete Pflicht des Vorstandes eingeschaltet, die Generalversammlung zur Beschlussfassung über die Auflösung zu berufen, sobald sich bei der Geschäftsführung ergiebt, dass das Vermögen der Genossenschaft zur Deckung der Schulden nicht ausreicht.

2. Die Haftung der Vorstandsmitglieder bezieht sich auf alle nach dem Eintritt der Voraussetzungen des Abs. 1 geleisteten Zahlungen, welche nicht rückgängig gemacht werden. Eine solche Rückgewähr kann namentlich auf dem Wege der Anfechtung (§ 22 ff., insbesondere §§ 23, 30 K.-O.) herbeigeführt werden. Die blosse Möglichkeit der Anfechtung befreit die Vorstandsmitglieder nicht von ihrer Haftung, sondern giebt ihnen nur das Recht, von dem K.-V. die Übertragung der Ausübung des Anfechtungsanspruchs zu verlangen (Bem. 1 Abs. 3 zu § 29 K.-O.).[1] Gelingt es ihnen in dem nunmehr auf eigene Rechnung durch-

[1] Maurer S. 316 Nr. 3 lässt Abtretung des Anfechtungsanspruches selbst zu.

zuführenden Anfechtungsprozess die Rückgewähr an die Masse zu erwirken, so muss der K.-V. die thatsächlich zurückgewährte Summe wegen rechtloser Bereicherung der Masse den Vorstandsmitgliedern als Masseschuld herausgeben (§ 52 Z. 3 K.-O.). Auf Leistungen, welche nicht Zahlung sind, ist § 92 seinem Wortlaute nach nicht anzuwenden. Die Haftung soll nach Maassgabe des § 32 eintreten. Hiernach haften die Vorstandsmitglieder persönlich und solidarisch, wenn sie bei Leistung der Zahlung das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung dadurch übersehen haben, dass sie es unterliessen, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Umsomehr haften sie dann, wenn sie in Kenntnis jener Umstände zahlten. Die Genossenschaftsgläubiger selbst haben einen solchen Anspruch gegen die Vorstandsmitglieder nur bei Genossenschaften mit beschränkter Haftung (§ 136 Gen.-Ges.). Die fünfjährige Verjährungsfrist entspricht derjenigen des § 32 Abs. 4 Gen.-Ges.

§ 93.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die ihn begründenden Thatsachen (§ 91) glaubhaft gemacht werden. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder nach Maassgabe der Konkursordnung § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

Der Eröffnungsantrag kann nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden sei.

(E. § 91; M. S. 239; K. B. S. 816.)

Der Inhalt der beiden ersten Absätze entspricht demjenigen des § 194 K.-O. (vgl. dort Bem. 3). Der Abs. 3, welcher die Anwendung des § 99 K.-O. ausschliesst, ist mit Rücksicht auf die Nachschusspflicht der Genossenschafter beigefügt. Allerdings muss gem. § 91 Abs. 2 die K.-E. nach Auflösung der Genossenschaft abgelehnt werden, wenn die Verteilung des Vermögens bereits vollzogen ist; aber die Ablehnung erfolgt alsdann nicht wegen Mangels an Masse, sondern weil der Schuldner (die Genossenschaft in Liquidation) nicht mehr existiert. Aus Abs. 3 ergiebt sich zugleich, dass auch die Einstellung des Verfahrens Mangels einer den Kosten desselben entsprechenden Masse (§ 190 K.-O.) ausgeschlossen ist (§ 109).[1]

§ 94.

Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Genossenschaft aufgelöst.

(E. § 92; M. S. 239; K. B. S. 816.)

Die K.-E. hat für die Auflösung der Genossenschaft dieselbe Bedeutung, wie für die Auflösung der Aktiengesellschaft (Art. 242 Aktienges.). Mit diesem Ereignis beginnt die Auflösung, da von nun an die ganze Thätigkeit der die Gesellschaft vertretenden Personen auf die Auseinandersetzung gerichtet ist; vollzogen wird die Auflösung erst durch die Aufhebung des Kv. bezw. durch Beendigung der Liquidation (S. 474, 535, 541). Bis dahin dauert die Organisation der Gesellschaft, sowie die Möglichkeit, unter ihrem Namen zu klagen oder

[1] Joël S. 645; Parisius und Crüger S. 317; v. Wilmowski § 93.

verklagt zu werden, fort (§§ 96, 97 mit 17 und 85 Gen.-Ges.); sogar das Geschäft kann weiter geführt werden, um die Verwertung der Aktivmasse zu erleichtern. Der Ausdruck des § 94 nötigt ferner zu der Annahme, dass die Genossenschaft auch dann nicht weiter bestehen kann, wenn sich nach der K.-E. die Zulänglichkeit des Genossenschaftsvermögens zur Deckung aller Schulden herausstellt; in diesem Falle muss, um die Auflösung zu verwirklichen, der nach Tilgung der Schulden verbleibende Rest des Genossenschaftsvermögens unter die Genossenschafter verteilt werden (vgl. S. 474, 535, 541 und 544). [1]

§ 95.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist unverzüglich in das Genossenschaftsregister einzutragen. Die Eintragung wird nicht bekannt gemacht.

(E. § 93; M. S. 239; K. B. S. 816.)

Bezüglich der hier vorgeschriebenen Eintragung ist noch die Bekanntmachung des Bundesrats v. 11. Juli 1889, betreffend die Führung der Genossenschaftsregister und die Anmeldungen zu demselben (R.-G.-Bl. v. 22. Juli 1889 Nr. 15) § 21 Z. 2 zu vergleichen, nach der die Eintragung, wie sich auch aus dem Gesetze selbst ergiebt, von Amts wegen, und zwar auf Grund der von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichts gem. § 104 K.-O. zu machenden Mitteilung erfolgen muss. Diese Eintragung hat nach § 149 Abs. 2 Gen.-Ges. auch zu dem Genossenschaftsregister einer jeden Zweigniederlassung der in Konkurs geratenen Genossenschaft zu erfolgen; daraus folgt, dass auch in diese Register die Thatsache der K.-E. eingetragen werden muss. Die besondere öffentliche Bekanntmachung unterbleibt mit Rücksicht auf § 103 K.-O.

§ 96.

Bei der Eröffnung des Verfahrens ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss zu bestellen. Die Gläubigerversammlung hat über die Beibehaltung der bestellten oder die Wahl anderer Mitglieder zu beschliessen. Im übrigen kommen die Vorschriften in § 79 der Konkursordnung zur Anwendung.

(E. —; M. —; K. B. S. 816 § 93a.).

1) Nach dieser Vorschrift ist im Genossenschaftskonkurs der Gl.-A. ebenso wie der K.-V. ein notwendiges Organ. Sie wurde von der Reichstagskommission vorgeschlagen, weil das Interesse der der Haft- und Nachschusspflicht unterliegenden Genossen von Anfang an eine wirksame Überwachung des K.-V. fordere. Durch die Neuerung sollte also zugleich die Aufgabe des Gl.-A. dahin erweitert werden, dass nicht bloss, wie sonst im Kv., das Interesse der K.-Gl., sondern auch das der einzelnen Genossen, wahrzunehmen ist. Eine Veränderung des Geschäftskreises (§§ 80 ff., 121, 122 K.-O.) wurde hierbei nicht beabsichtigt. Die Mitglieder des Gl.-A. sollen hiernach bei Ausübung der ihnen durch die allgemeinen Vorschriften der K.-O. eingeräumten Aufsichtsbefugnisse auch das Interesse der Genossenschafter in Betracht ziehen. Ist dies auch nicht wörtlich im Gen.-Ges. gesagt, so hat die Absicht der Kommission doch durch die Aufnahme der Ausnahmebestimmung genügenden Ausdruck gefunden. Bei folgerichtiger Verwirklichung dieses Gedankens hätte man in das Gesetz die Bestimmung aufnehmen müssen, dass nicht bloss die Gl.-V., sondern schon das Gericht andere Personen als Gläubiger oder Vertreter von Gläubigern, insbesondere Mitglieder der im Konkurs befindlichen Genossenschaft, in den Ausschuss wählen dürfe. Da nun das Gesetz ausdrücklich auf § 79 K.-O. verweist, kann zwar die

[1]) V. noch Joël S. 621; Maurer S. 318.

Gl.-V., nicht aber das Gericht, der Absicht der Reichstagskommission in der angedeuteten Weise gerecht werden; auch die Gl.-V. ist übrigens nicht hierzu verpflichtet. Sollte es also wirklich zu einem Widerstreite der Interessen der K.-Gl. einerseits und der Genossen andererseits kommen, so bietet § 96 keine vermehrte Bürgschaft dafür, dass die Interessen der letzteren bei der Beaufsichtigung des K.-V. wahrgenommen werden. Wollte man annehmen, der erste Satz des § 96 Gen.-Ges. hebe den § 79 Abs. 1 K.-O. vollständig auf, so würde zur Anwendung des § 79 im Genossenschaftskonkurs nur noch der letzte Satz des Abs. 2 also eine einzelne Vorschrift zur Verfügung stehen, während § 96 sagt: „kommen die Vorschriften in § 79 K.-O. zur Anwendung.“ [1]) Aus dem Zweck der Neuerung wird jedoch zu folgern sein, dass auch einzelne Genossen die Haftung der Mitglieder des Gl.-A. in Anspruch nehmen können, falls die letzteren die ihnen nach § 81 K.-O. obliegende Sorgfalt zum Schaden der Genossen nicht angewendet haben.

2) Da der Gl.-A. im Genossenschaftskonkurse ein notwendiges Organ ist, so hat die Gl.-V. ebensowenig wie das Gericht die Frage zu entscheiden, ob ein Ausschuss zu bestellen ist, sondern hat lediglich über die Wahl der Mitglieder zu beschliessen; auch darf jene die Beschlussfassung über diese Frage ebensowenig unterlassen wie das Gericht. Letzteres aber muss gemäss der ihm zustehenden Leitungsgewalt (§ 86 Abs. 1 K.-O.) darauf achten, dass dieser Beratungsgegenstand nicht übersehen wird. Sollte die Gl.-V. entgegen § 96 Satz 2 einen Beschluss über die Beibehaltung der bestellten oder die Wahl anderer Mitglieder nicht fassen, so müsste mit Rücksicht auf die Notwendigkeit des Organs der vom Gericht bestellte Ausschuss bestehen bleiben, während seine Thätigkeit im gewöhnlichen Kv. beendigt wäre (Bem. II. 1 a. E. zu §§ 79 ff.).

§ 97.

Die Generalversammlung ist ohne Verzug zur Beschlussfassung darüber zu berufen (§§ 42 bis 44), ob die bisherigen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats beizubehalten oder andere zu bestellen sind.

(E. § 94; M. S. 239, 240; K. B. S. 816.)

In dem § wird ausdrücklich anerkannt, dass die Organisation der Genossenschaft trotz § 94 auch während des Kv. bestehen bleibt. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Vorstand trotz der K.-E. die Genossenschaft weiter bei Rechtsgeschäften und Prozessen zu vertreten habe, denn diese Befugnis ist auf den K.-V. übergegangen (§ 5 K.-O.). Der Vorstand vertritt die Genossenschaft nur im Kv. insoweit, als bei dem Kv. über das Vermögen physischer Personen der Gemeinschuldner persönlich zu einer Thätigkeit berufen ist (z. B. §§ 78, 97, 123, 129, 192 K.-O., § 110 Gen.-Ges.), wie das in dem nun als selbstverständlich weggelassenen Abs. 1 des § 196 K.-O. gesagt war. Gemäss § 19 der Bekanntmachung des Bundesrats v. 11. Juli 1889, betr. die Führung der Genossenschaftsregister ist die Wahl anderer Vorstandsmitglieder mit dem Beginn ihres Amtes also sofort zum Genossenschaftsregister anzumelden und dort einzutragen. Die Anmeldung obliegt dem Vorstand (§§ 11 u. 28 Gen.-Ges.).

§ 98.

Soweit die Konkursgläubiger wegen ihrer bei der Schlussverteilung (Konk.-Ordn. § 149) berücksichtigten Forderungen aus dem zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorhandenen Vermögen der Genossenschaft nicht befriedigt werden, sind die Genossen verpflichtet, Nachschüsse zur Konkursmasse zu leisten.

[1]) So auch Joël S. 623.

Die Nachschüsse sind von den Genossen, wenn nicht das Statut ein anderes Beitragsverhältnis festsetzt, nach Köpfen zu leisten.

Beiträge, zu deren Leistung einzelne Genossen unvermögend sind, werden auf die übrigen verteilt.

Zahlungen, welche Genossen über die von ihnen nach den vorstehenden Bestimmungen geschuldeten Beiträge hinaus leisten, sind ihnen, nachdem die Befriedigung der Gläubiger erfolgt ist, aus den Nachschüssen zu erstatten.

Gegen die Nachschüsse kann der Genosse eine Forderung an die Genossenschaft aufrechnen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als Konkursgläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat.

(E. § 95; M. S. 240 ff.; K. B. S. 816.)

1. Diese Bestimmungen bilden die materiell-rechtliche Grundlage für das in §§ 99 ff. angeordnete Vorschuss- und Nachschussverfahren. Verpflichtet sind die Genossen, berechtigt ist die Genossenschaft; diese hat ihrerseits die Pflicht, jenen das Zuvielgezahlte zurückzuerstatten und muss sich eine dem Konkursrecht entsprechende Aufrechnung gefallen lassen.

2. Der Umfang der Summe aller Nachschüsse muss so berechnet werden, dass die bei der Schlussverteilung zu berücksichtigenden Konkursforderungen gedeckt sind, soweit nicht das Vermögen der Genossenschaft selbst ihre Befriedigung ermöglicht. Die Summe der Nachschüsse ist jedoch nicht gegeben durch den Unterschied zwischen dem Werte der Aktivmasse und der Summe aller bei der Schlussverteilung zu berücksichtigenden Forderungen. Hierbei wäre nicht berücksichtigt, dass aus der Masse auch die Massekosten und Masseschulden gedeckt werden müssen, und dass die Konkursforderungen bei der Schlussverteilung nur noch in ihrem durch Abschlagszahlungen geminderten Betrage bestehen. Die Höhe der Nachschüsse hat vielmehr dem Unterschiede zwischen der Summe aller bei der Schlussverteilung zu berücksichtigenden Konkursforderungen (nach ihrem angemeldeten bezw. festgestellten Betrage, nicht nach ihrer zur Zeit der Schlussverteilung bestehenden Höhe, berechnet) und dem zur Befriedigung der K.-Gl. verbleibenden Reste des Genossenschaftsvermögens zu entsprechen. Dabei bleiben im Gegensatze zum früheren Rechte alle Forderungen ausser Ansatz, welche durch § 56 K.-O. von der Berücksichtigung im Kv. ausgeschlossen sind. Im übrigen vergl. Bem. II u. III zu §§ 139 ff. K.-O. Die Kosten des Vorschuss- und Nachschussverfahrens sind ein Teil der Kosten des Kv., müssen daher bei dem Ansatz der Massekosten berücksichtigt werden.

3. Die Nachschüsse werden zwar im Interesse der K.-Gl. eingezogen; als berechtigt stehen aber nicht diese, sondern steht die Genossenschaft den einzelnen Genossen gegenüber.[1]) Die Nachschüsse sind zur Masse zu leisten, fliessen also in das Vermögen der Genossenschaft; sie werden durch den K.-V., als den für die Dauer des Kv. bestellten Inhaber der Verwaltungs- und Verfügungsrechte eingezogen. Die Bedeutung des Nachschussverfahrens liegt gerade darin, dass die Haftung der Genossen gegenüber den K.-Gl. eine bedingte wird, der einzelne K.-Gl. gegenüber dem einzelnen Genossen ein persönliches Recht erst geltend machen darf, wenn und soweit er durch das Nachschussverfahren nicht befriedigt worden ist.

Die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigt auch Abs. 5, der eine Aufrechnung mit Forderungen des Genossen an die Genossenschaft für zulässig erklärt; denn dabei wird

[1]) R.-G. (I.) 9. Juli 1890, Jur. Woch. S. 334. A. M. anscheinend Maurer S. 322, 325; vgl. jedoch S. 360.

vorausgesetzt, dass die Genossenschaft Gläubigerin des Genossen für den Nachschussbetrag ist. Endlich muss die eine Anfechtung der Vorschussberechnung bezweckende Klage gegen den K.-V. gerichtet werden, wie auch dieser die Beiträge von den Genossen einzieht (§§ 102, 104); wären die K.-Gl. die Berechtigten, so könnte die Anfechtungsklage sich nur gegen die letzeren richten.

4. Verpflichtet sind die Genossen, d. h. die zur Zeit der K.-E. vorhandenen Mitglieder; die ausgetretenen Mitglieder sind nicht mehr „Genossen". Dies ergiebt sich mittelbar auch aus §§ 119, 122, 135. Nach Abs. 2 wird die Höhe der einzelnen Nachschussleistungen in der Weise bestimmt, dass die Summe der Nachschüsse durch die Zahl der Genossen zu teilen ist. Verpflichtet sind aber alle Genossen, auch wenn ihr Unvermögen vorauszusehen ist (§ 99). In derselben Weise wird nach Abs. 3 die Summe der wegen Unvermögens einzelner Genossen ausfallenden Nachschüsse auf die vermögenden Genossen verteilt. Der Ausdruck „unvermögend" ist von der Reichstagskommission gewählt worden, um noch deutlicher die schon dem Entwurf zu Grunde liegende Absicht erkennen zu lassen, dass die weitere Verteilung der Ausfälle auf die zahlungsfähigen Genossen nicht durch eine erfolglose Zwangsvollstreckung, sondern nur durch die auf pflichtmässiger (§ 74 K.-O.) Überlegung beruhende Überzeugung des K.-V. von der Uneinbringlichkeit bedingt ist.

5. Es kann vorkommen, dass nach vollständiger Befriedigung der K.-Gl. bereits geleistete Nachschussbeträge übrig sind, weil bei Versilberung des Genossenschaftsvermögens ein höherer Erlös erzielt wurde, als der K.-V. berechnet, oder weil dieser bei der Vorschussberechnung die Vorschüsse wegen Unterschätzung der Zahlungsfähigkeit einzelner Genossen zu hoch angesetzt hatte. Es bedurfte keiner besonderen Vorschrift über die Verwendung solcher Überschüsse, welche wegen Auflösung der Genossenschaft zu verhältnismässigen Teilen an diejenigen Genossen zurückzuerstatten sind, von welchen die Nachschüsse geleistet worden waren (§ 108 Abs. 3 Gen.-Ges.). Ein Überschuss kann aber auch dadurch verbleiben, dass einzelne Genossen freiwillig grössere Beträge, als sie verpflichtet wären, einzahlen, um die raschere Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger zu bewirken. Auch in diesem Falle wäre schon ohne besondere Vorschrift kein Zweifel darüber möglich, dass nach Befriedigung der Gläubiger die freiwillig geleisteten, noch überschüssigen Mehrbeträge an diejenigen Genossen, welche freiwillig über ihre Nachschusspflicht hinaus Beiträge geleistet haben, nach Verhältnis ihrer Mehrleistung zurückgezahlt werden müssen. Die Reichstagskommission hat jedoch einen besonderen Rechtssatz dieses Inhaltes aufgenommen (Abs. 4), um dadurch die Genossen aufzumuntern, durch freiwillige Leistungen die Befriedigung der K.-Gl. zu beschleunigen. Der K.-V. wird aber durch die Leistung solcher freiwilliger Beiträge nie davon entbunden, das Vorschuss- und Nachschussverfahren (§§ 99 ff., 107 Gen.-Ges.) gegenüber den andern Genossen durchzuführen. Denn kein Genosse würde sich zu solchen freiwilligen Leistungen verstehen, wenn er dadurch in die Lage käme, sich an den übrigen Genossen im Wege des Rückgriffs schadlos halten zu müssen.

6. Die Aufrechnung unterliegt im Genossenschaftskonkurs im allgemeinen den §§ 46—49 K.-O. In einem Falle erfährt jedoch die Zulässigkeit der Aufrechnung noch weitere Einschränkungen. Der Genosse kann gegen die Nachschussforderung der Genossenschaft gemäss Abs. 5 nur mit einer Konkursforderung aufrechnen, für welche er Befriedigung aus den Nachschüssen verlangen dürfte, welche also nicht bloss bei Berechnung der mutmaasslich erforderlichen Nachschussumme in Ansatz zu bringen wäre (§ 98, 99 Abs. 1), sondern auch aus den Nachschüssen befriedigt werden müsste. Die Befriedigung — nicht bloss Berücksichtigung (§ 155 K.-O.) — erfolgt jedoch nur für im Kv. festgestellte und für die mit einem vollstreckbaren Titel versehenen, aber nicht im Prozess befangenen Forderungen. Diese Eigenschaft muss ferner in dem Zeitpunkt feststehen, in welchem die Aufrechnung erfolgen soll; demnach muss im Zeitpunkt der Aufrechnung bereits das Schlussverzeichnis (§ 150 K.-O.) vorliegen. Daraus folgt aber, dass die Aufrechnung nicht

gegenüber der gemäss §§ 99 ff. Gen.-Ges. zu machenden Vorschussforderung, sondern nur gegenüber der auf Grund des § 107 zu erhebenden Nachschussforderung zulässig ist. Im übrigen gelten die §§ 46—49 K.-O. auch für die Aufrechnung gegen eine Nachschussforderung; die besonderen Beschränkungen aber, welche sich aus § 98 Abs. 5 ergeben, betreffen nach dem obigen den Zeitpunkt der Aufrechnung, das Erfordernis der Feststellung, die Möglichkeit der Geltendmachung im Kv. Während nach § 46 ff. gegenüber der zur Masse gehörigen Forderung des Gemeinschuldners auch mit einer Forderung aufgerechnet werden kann, welche sich zur Geltendmachung im Kv. nicht eignet (§ 56 K.-O. u. Vorbem. 3 a. E. zu §§ 46 ff. K.-O.), ist gegen eine Nachschussforderung nur die Aufrechnung mit einer Konkursforderung (§ 2 K.-O.) gestattet.

§ 99.

Der Konkursverwalter hat sofort, nachdem die Bilanz auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt ist (Konk.-Ordn. § 114), zu berechnen, wieviel zur Deckung des in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrages die Genossen vorschussweise beizutragen haben.

In der Berechnung (Vorschussberechnung) sind die sämtlichen Genossen namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu verteilen. Die Höhe der Beiträge ist jedoch derart zu bemessen, dass durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen ein Ausfall an dem zu deckenden Gesamtbetrage nicht entsteht.

Die Berechnung ist dem Konkursgerichte mit dem Antrag einzureichen, dieselbe für vollstreckbar zu erklären. Wird das Genossenschaftsregister nicht bei dem Konkursgerichte geführt, so ist dem Antrag eine beglaubigte Abschrift des Statuts und der Liste der Genossen beizufügen.

(E. § 96; M. S. 241; K. B. S. 816.)

1. Das frühere Umlageverfahren litt hauptsächlich an dem Fehler, dass es erst am Schlusse des Kv. eingeleitet wurde, die ganze Zeit während desselben aber für die Ergänzung der Befriedigungsmittel unbenützt blieb. Das neue Gesetz hat deshalb für einen möglichst baldigen Beginn der auf dieses Ziel zu richtenden Thätigkeit gesorgt und zu dem Zwecke das Umlageverfahren in zwei Abschnitte (ein Vorschussverfahren und ein Nachschussverfahren) geteilt. Das erstere wird möglichst bald eingeleitet, um auf Grund einer vorläufigen Berechnung die hiernach mutmaasslich zur Befriedigung der K.-Gl. erforderlichen Beträge sofort beizuschaffen; das letztere tritt erst auf Grundlage der Schlussrechnung ein, wenn die im Vorschussverfahren geleisteten Beträge nicht ausreichen, um alle im Schlussverzeichnis berücksichtigten K.-Gl. zu befriedigen. Hierbei erhält der Ausdruck „Nachschuss" eine etwas andere Bedeutung als im § 98. Dort wird unter „Nachschuss" jeder zur Ergänzung der Befriedigungsmasse zu zahlende Beitrag der Genossen, also auch der Vorschuss im Sinne des § 99 verstanden; im Verhältnis zu der bei dem Eintritt des Genossen zu zahlenden Einlage ist auch der im Kv. geforderte „Vorschuss" ein Nachschuss. Im § 107 Gen.-Ges. bedeutet „Nachschuss" nur die zur Ergänzung der im Vorschussverfahren gezahlten Beträge noch weiter erforderliche Leistung der einzelnen Genossen.

2. Bei Berechnung der Vorschusssumme hat der K.-V. von dem aus der Bilanz (§ 114 K.-O.) unter Berücksichtigung des § 98 Gen.-Ges. sich ergebenden Fehlbetrag auszugehen, und diesen durch die Gesamtziffer der Genossen zu teilen, um den von jedem

Genossen einzuziehenden Vorschussbetrag zu finden. Mit Rücksicht auf das voraussichtliche Unvermögen einzelner Genossen ist alsdann der Beitrag entsprechend zu erhöhen, so dass die Summe der Beiträge auf dem Papier zwar den nach der Bilanz zu deckenden Fehlbetrag übersteigt, in Wahrheit aber — nach Abzug der voraussichtlich ausfallenden Beiträge — ihn annähernd decken wird. Die namentliche Bezeichung aller Genossen — nicht der ausgeschiedenen Mitglieder (Bem. 4 zu § 98) — wird gefordert, weil das Verzeichnis die Grundlage eines Vollstreckungstitels (§ 102 Gen.-Ges.) bilden soll und der letztere den Schuldner bezeichnen muss.

3. Die Berechnung nebst dem Antrage ist, wie sich aus dem Zwecke des § 99, die Beischaffung der Befriedigungsmittel zu beschleunigen, ergiebt, sofort beim Konkursgerichte einzureichen. Der zweite Satz des Abs. 3 hat für jene Länder Bedeutung, in welchen, wie z. B. in Bayern, die Genossenschaftsregister bei den Landgerichten geführt werden. Unter der „Liste der Genossen" ist die gemäss § 15 Gen.-Ges. und §§ 24 ff. der Bekanntmachung d. Bundesrats v. 11. Juli 1889 bei Gericht zu führende Liste, nicht das vom Vorstand geführte „Verzeichnis" gemeint, welches im § 30 Gen.-Ges. ausdrücklich der Liste des Gerichts gegenübergestellt wird. Die Beglaubigung der Liste ist daher von dem Gerichtsschreiber des Registergerichts zu erteilen. Zweckmässig wird dieser auch die Beglaubigung der Abschrift des Statuts vornehmen.[1]

§ 100.

Zur Erklärung über die Berechnung bestimmt das Gericht einen Termin, welcher nicht über zwei Wochen hinaus anberaumt werden darf. Derselbe ist öffentlich bekannt zu machen; die in der Berechnung aufgeführten Genossen sind besonders zu laden.

Die Berechnung ist spätestens drei Tage vor dem Termin auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen. Hierauf ist in der Bekanntmachung und den Ladungen hinzuweisen.

§ 101.

In dem Termine sind Vorstand und Aufsichtsrat der Genossenschaft, sowie der Konkursverwalter und der Gläubigerausschuss und, soweit Einwendungen erhoben werden, die sonst Beteiligten zu hören.

Das Gericht entscheidet über die erhobenen Einwendungen, berichtigt, soweit erforderlich, die Berechnung oder ordnet die Berichtigung an und erklärt die Berechnung für vollstreckbar. Die Entscheidung ist in dem Termine oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, zu verkünden. Die Berechnung mit der sie für vollstreckbar erklärenden Entscheidung ist zur Einsicht der Beteiligten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Gegen die Entscheidung findet ein Rechtsmittel nicht statt.

(E. §§ 97, 98; M. S. 242; K. B. S. 817.)

1. Die zweiwöchentliche Frist des § 100 ist von dem Tage der Einreichung der Berechnung (§ 99 Abs. 3) an zu rechnen. Da das Vorschussverfahren ein Bestandteil des Kv. ist, wird die Frist gemäss § 65 K.-O. nach § 200 C.-P.-O. berechnet; Verlängerung

[1] Pröbst S. 299 Nr. 6.

der Frist durch Vereinbarung der Beteiligten mit dem Gerichte ist ausgeschlossen (§ 202 Abs. 2 C.-P.-O.). Die Überschreitung der Frist durch den Richter kann Anlass zu einer sofortigen Beschwerde (§ 66 K.-O.) geben, beeinträchtigt aber die Gültigkeit des Verfahrens nicht. Die öffentliche Bekanntmachung und die besondere Ladung erfolgen gemäss §§ 68, 69 K.-O. (vgl. bes. Bem. 1 Abs. 3 hierzu). Auf die Frist in § 100 Abs. 2 finden §§ 199 und 202 Abs. 2 C.-P.-O. Anwendung.

2. Unter den „sonst Beteiligten", welche neben dem Vorstand, Aufsichtsrat, K.-V. und Gl.-A. zu hören sind, müssen die nach § 100 besonders zu ladenden Genossen verstanden werden, soweit sie erscheinen und im Termin das Wort verlangen. Die einzelnen K.-Gl. können die Berechnung nur durch Einwendungen gegen die im Schlusstermin vorzulegende Schlussrechnung des K.-V. (§ 150 K.-O.) anfechten. Der Ausdruck „soweit Einwendungen erhoben werden" bedeutet nicht bloss, dass die sonst Beteiligten gehört werden müssen, wenn Einwendungen seitens des K.-V. oder eines Mitgliedes des Vorstandes, Aufsichtsrates oder Gl.-A. erhoben sind, so dass nur die durch solche Einwendungen betroffenen Personen zum Worte kommen könnten. Vielmehr ist das Gesetz so auszulegen, dass jede in dem Verzeichnis aufgeführte Person, welche erklärt, dass sie Einwendungen erheben wolle, mit diesen gehört werden muss. Die Einwendungen können sich auf die Höhe der geforderten Vorschüsse, auf die Richtigkeit der Bilanz und ihrer Grundlagen, auf die Frage der Mitgliedschaft und der Zahlungsfähigkeit einzelner Genossen beziehen. Sie können insbesondere die Behauptung enthalten, dass eine bestimmte Person, deren Namen in der Liste steht, nicht Genosse sei und dass deshalb ihr Name gestrichen werden müsse, oder dass Personen, welche wirklich Genossen sind, in dem Verzeichnis übergangen seien. Im ersteren Fall, wenn die Streichung eines bestimmten Namens beantragt wird, kann von dem Gehör Umgang genommen werden, falls der Genosse nicht erschienen ist; dieser darf sich weder durch die Streichung noch durch die Unterlassung der Streichung beschwert fühlen, weil er die gebotene Gelegenheit, sich im Termin zu äussern, vorübergehen liess, obwohl er besonders geladen war. Der Konkursrichter wird sich hier an den Inhalt der gerichtlichen Genossenliste halten. Im andern Falle dagegen, wenn die Neuaufnahme eines Namens in das Verzeichnis verlangt wird, ist zweifelhaft, ob auch der Nichterschienene gehört werden muss. Er hatte jedenfalls dann keine Veranlassung, zufolge der öffentlichen Bekanntmachung im Termine zu erscheinen, wenn er sich bewusst war, dass er nicht Genosse der im Konkurs befindlichen Genossenschaft sei. Ohnehin kann der Richter über die Einwendung auch hier nur auf Grund der Genossenliste entscheiden, weil diese nach § 99 die Grundlage der Vorschussliste bilden soll. Ausserdem könnte die Gewährung des Gehörs an im Termine nicht anwesende Personen, welche vielleicht wieder neue Einwendungen vorbringen, endlose Weiterungen nach sich ziehen, während das Verfahren mit Rücksicht auf seinen Zweck, wie auch durch § 101 Abs. 3 angedeutet wird, ein möglichst schleuniges sein soll. Abs. 1 ist daher dahin zu ergänzen, dass die „sonst Beteiligten" nur dann gehört werden müssen, wenn sie im Termine erschienen sind, also mündliche, unmittelbare Erklärung möglich ist. Abgesehen von diesem Falle steht es im Ermessen des Konkursgerichts, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles, die Entscheidung hinauszuschieben, um auch Abwesende schriftlich oder in einem neuen Termine zu hören. Überhaupt kann der Konkursrichter nach § 67 K.-O. im Interesse des Vorschussverfahrens Ermittelungen jeder Art anstellen. Letzteres kann besonders dann notwendig werden, wenn die Richtigkeit der Bilanz oder ihrer Grundlage, des Inventars, beanstandet wird, oder wenn Einwendungen gegen die Richtigkeit der Genossenliste erhoben werden, z. B. behauptet wird, eine Person sei vor der K.-E. ausgetreten, der Austritt sei aber in der Liste nicht beurkundet worden. Jedoch muss das Gericht immer das Interesse der Beschleunigung im Auge haben und deshalb illiquide Einwendungen, welche umständliche Erhebungen nötig machen, auf den Weg des ordentlichen Prozesses verweisen (§ 104). Da das Kv. Offizialverfahren ist (Bem. 2 zu § 67), muss der Richter auch schrift-

lich eingereichte Einwendungen zum Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung machen. Aus demselben Grunde kann er auch von Amts wegen einen Mangel der Berechnung, z. B. die Nichtübereinstimmung der Vorschuss- mit der Genossenliste, oder den Inhalt der Bilanz rügen. Über die Verhandlung ist Protokoll zu errichten (Bem. 1 Abs. 2 zu § 65 K.-O.).

3. Sind keine Einwendungen erhoben, und findet der Richter auch von Amts wegen keine Veranlassung, die Vorschussliste zu beanstanden, so bestätigt er die Berechnung und erklärt sie für vollstreckbar. Da in der Vollstreckbarkeitserklärung die Bestätigung der Berechnung liegt, so bedarf es formell nur der ersteren, nicht auch eines besonderen Bestätigungsbeschlusses. Ist die Berechnung vom Richter selbst beanstandet oder durch Einwendungen angefochten worden, so hat er einen besonderen Beschluss zu erlassen, in welchem er über jeden einzelnen gerügten Punkt entscheiden muss. Ausserdem wird er auch den Einfluss dieser Entscheidung auf die Berechnung der Höhe des Vorschussbetrages im Beschluss auszusprechen haben; z. B. wenn sich diese Höhe durch veränderte Feststellung des Fehlbetrages vermindert oder sich der Gesamtbetrag der erforderlichen Vorschüsse auf die genau zu bezeichnende Summe erhöht, oder durch Streichung bezw. Neuaufnahme von Namen sich die Höhe des von dem einzelnen Genossen zu leistenden Vorschusses verändert u. s. w. Eine Begründung des Beschlusses ist mit Rücksicht auf Abs. 3 nicht erforderlich. Auf Grund desselben nimmt der Richter entweder selbst die Berichtigung der Berechnung vor oder er ordnet an, dass der K.-V. die Berichtigung vollziehe. Letzteres setzt unbedingt voraus, dass der Inhalt der Berichtigung ziffermässig im Beschlusse festgestellt ist, damit nicht neue Meinungsverschiedenheiten entstehen können.

4. Nach dem letzten Satze des Abs. 2 bildet auch die Vollstreckbarkeitserklärung einen Teil der Entscheidung; es muss deshalb auch diese Erklärung nach Satz 2 verkündet werden. Begnügt sich nun der Konkursrichter damit, die Berichtigung der Berechnung anzuordnen, so wird doppelte Verkündung notwendig. Zuerst muss der Richter die Entscheidung über die Einwendungen und die Anordnung der Berichtigung verkünden; daraufhin nimmt der K.-V. die Berichtigung thatsächlich vor und erst jetzt, wenn die berichtigte Berechnung vorliegt, kann der Richter verkünden, dass er diese für vollstreckbar erkläre. Mit einer vorher zu verkündenden bedingten Erklärung der Vollstreckbarkeit darf er sich nicht begnügen. Ein neuer Termin wird jedoch für diesen Zweck nur bei besonders umfassenden Berichtigungen erforderlich werden; gewöhnlich wird der K.-V. in der Lage sein, das Ergebnis des Beschlusses in demselben Termin auf die Berechnung zu übertragen.

5. Abs. 3 entzieht der Anfechtung sowohl die Bestätigung der Berechnung, als auch die Entscheidung über Einwendungen, über den Umfang und Inhalt der erforderlichen Berichtigung, und endlich die Vollstreckbarkeitserklärung, sowie deren vorläufige Verweigerung, falls die Entscheidung vertagt werden muss. Auch der Vertagungsbeschluss ist Entscheidung im Sinne des Abs. 2 u. 3, folglich der Anfechtung selbst dann entzogen, wenn der Richter hierbei die Frist von einer Woche überschreitet. Denn diese Vorschrift hat nur instruktionelle Bedeutung („soll"); besondere Verhältnisse können eine Vertagung auf längere Zeit rechtfertigen. Die Beschwerde wegen verzögerter Justiz ist durch Abs. 3 nicht ausgeschlossen. Dagegen ist sofortige Beschwerde zulässig, wenn das Gericht die materielle Entscheidung über die Berechnung überhaupt verweigert, was jedenfalls im Protokoll festzustellen wäre; denn Abs. 3 ist im Interesse der Beschleunigung getroffen und die Verweigerung jeder Entscheidung würde das Verfahren verzögern. Die Beschwerde befördert in diesem Falle die Beschleunigung, dient mithin gerade demselben Zwecke wie Abs. 3. Der Ausschluss der Anfechtung verbietet nicht bloss eine wiederholte Entscheidung über die rechtzeitig vorgebrachten Einwendungen, sondern giebt auch zu erkennen, dass jede nachträglich erhobene Einwendung, als im Kv. verspätet, unberücksichtigt

bleiben muss. Auch im Wege der Klage kann die Einwendung nachträglich nur dann geltend gemacht werden, wenn die Verspätung nicht auf einem Verschulden des Genossen beruht (§ 104 Gen.-Ges.), oder wenn die Einwendung erst nachträglich entstanden ist (§ 686 C.-P.-O.); letzteres wird übrigens kaum vorkommen (Bem. 2 zu §§ 104, 105).

§ 102.

Nachdem die Berechnung für vollstreckbar erklärt ist, hat der Konkursverwalter ohne Verzug die Beiträge von den Genossen einzuziehen.

Die Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen findet in Gemässheit der Civilprozessordnung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung und eines Auszuges aus der Berechnung statt.

Für die in den Fällen der §§ 667, 686, 687 der Civilprozessordnung zu erhebenden Klagen ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliesslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichts gehört.

§ 103.

Die eingezogenen Beträge sind bei der von der Gläubigerversammlung bestimmten Stelle (Konk.-Ordng. § 120) zu hinterlegen oder anzulegen.

(E. §§ 99, 100; M. S. 242; K. B. S. 817.)

Die gemäss § 101 für vollstreckbar erklärte Vorschussliste bildet einen neuen vollstreckbaren Titel, ähnlich der Forderungstabelle und dem Zwangsvergleich (§§ 133, 179 K.-O.). Während letztere der Beitreibung nach beendigtem Kv. dienen, ist aber die vollstreckbare Vorschussliste zur Beitreibung von Beträgen bestimmt, welche in die Masse fliessen sollen. Im einzelnen Falle erfolgt die Vollstreckung auf Grundlage eines Auszuges aus der Vorschussliste (Berechnung), mit welchem eine vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung zu verbinden ist. Letztere erteilt der Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes (§ 662 Abs. 2 C.-P.-O.). Unter dieser Entscheidung ist die Vollstreckbarkeitserklärung gemeint (vgl. § 101 Abs. 1 letzter Satz). Die beiden Urkunden, welche in der Regel auf einem Papier zu vereinigen sind, bedürfen der Zustellung gemäss § 671 C.-P.-O., wenn nicht freiwillig Zahlung erfolgt. Die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist jedoch nicht unbedingt nötig (Bem. 4 zu § 98 Gen.-Ges.). Durch die Ausschliesslichkeit des Gerichtsstandes wird nicht nur jeder andere Gerichtsstand, sondern auch diejenige Widerklage ausgeschlossen, für welche die Zuständigkeit des Gerichts der Klage nicht ohnehin gegeben ist.

Die eingezogenen Beträge werden Massebestandteil und sind deshalb nach § 120 Abs. 1 K.-O. zu behandeln. Über den Unterschied von „hinterlegen“ und „anlegen“ vgl. Bem. III. 2 zu §§ 118 ff. K.-O.

§ 104.

Jeder Genosse ist befugt, die für vollstreckbar erklärte Berechnung im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Sie findet nur binnen der Notfrist eines Monats seit Verkündung

der Entscheidung und nur insoweit statt, als der Kläger den Anfechtungsgrund in dem Termine (§ 100) geltend gemacht hat, oder ohne sein Verschulden geltend zu machen ausser Stande war.

Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen.

§ 105.

Die Klage ist ausschliesslich bei dem Amtsgerichte zu erheben, welches die Berechnung für vollstreckbar erklärt hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf der bezeichneten Notfrist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Übersteigt der Streitgegenstand eines Prozesses die sonst für die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte geltende Summe, so hat das Gericht, sofern eine Partei in einem solchen Prozesse vor der Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, durch Beschluss die sämtlichen Streitsachen an das Landgericht, in dessen Bezirk es seinen Sitz hat, zu verweisen. Gegen diesen Beschluss findet die sofortige Beschwerde statt. Die Notfrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Ist der Beschluss rechtskräftig, so gelten die Streitsachen als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt und gelten als Kosten einer Instanz.

Die Vorschriften der Civilprozessordnung §§ 688, 689 über die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der Vollstreckungsmaassregeln finden entsprechende Anwendung.

(E. §§ 100, 101; M. S. 242, 243; K. B. S. 817.)

1. Die Klage zum Zwecke der Anfechtung der für vollstreckbar erklärten Vorschussberechnung soll zugleich die Heranziehung des Klägers zu irgend welchen Nachschüssen verhindern. Dieser muss daher geltend machen, dass er zu Nachschüssen nicht verpflichtet sei. Die Feststellung dieses Mangels einer Verpflichtung ist erforderlich und genügend, um die Streichung aus der Vorschussberechnung zu bewirken und jeden ferneren Angriff im Vorschuss- oder Nachschussverfahren abzuweisen. Die Änderung der Berechnung ist nicht zu beantragen, weil diese nicht im Urteil, sondern erst auf Grund des rechtskräftigen Urteils durch den K.-V. erfolgt (§ 106 Gen.-Ges.). Insoweit ist die Anfechtungsklage als negative Feststellungsklage aufzufassen.[1] *Sie muss hiernach den Antrag enthalten, es sei festzustellen, dass Kläger nicht, oder doch nicht in dem durch die Vorschussberechnung ausgesprochenen Maasse nachschusspflichtig sei. Wird der letztere Antrag darauf gestützt, dass in der Vorschussberechnung pflichtige Personen übergangen seien, so ist die Klage gleichwohl nur gegen den K.-V., nicht auch gegen jene Personen zu richten. Diesen kann der K.-V. den Streit verkünden, sie können aber auch aus eigenem Antrieb als Nebenintervenienten auftreten. Zur Zeit der Erhebung der Klage kann bereits die Zwangsvollstreckung eingeleitet und Pfändung erfolgt sein; auch kann die Zwangsvollstreckung trotz Erhebung der Anfechtungsklage weiter betrieben werden. Das Gericht kann zwar nach § 105 Abs. 4 die Vollstreckung einstellen, aber auch die Einstellung verweigern. Im letzteren Fall ist neben*

[1]) R.-G. (I.) 22. Dez. 1883, Entsch. Bd. 14 S. 90 ff.

dem Feststellungsantrag noch ein weiterer Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Aufhebung der Vollstreckungsmaassregeln, bezw. zur Zurückzahlung des bereits beigetriebenen Betrages aus der Masse erforderlich. Dass das nach § 105 Abs. 1 u. 2 zuständige Prozessgericht auch über diesen Antrag zu entscheiden hat, ergiebt sich aus dessen Abs. 4, sowie aus den daselbst in Bezug genommenen §§ 688, 689 C.-P.-O. Ferner kann es vorkommen, dass erst nach Erhebung der Anfechtungsklage die Zwangsvollstreckung eingeleitet wird, denn da diese Klage die Fortsetzung einer begonnenen Vollstreckung nicht hemmt, kann sie auch den Beginn der Vollstreckung nicht verhindern. In diesem Falle muss der auf Feststellung gerichtete Klagantrag in der angegebenen Weise erweitert werden (§ 240 Z. 2 C.-P.-O.). Um eine Klagänderung handelt es sich dabei nicht, weil der die Aufhebung der Vollstreckung oder die Zurückzahlung bereits beigetriebener Beträge bezielende Antrag auf denselben Grund gestützt wird, wie der Feststellungsantrag. Die Thatsache der Vollstreckung ist nicht der Grund, sondern nur die Veranlassung des Klageantrages. Würde auf Aufhebung der Vollstreckung in einem besonderen Prozesse geklagt, so würde der Abweisung dieses Antrages deshalb auch die Rechtskraft der Entscheidung im Wege stehen, durch welche die Nachschusspflicht des Klägers verneint ist.

2. Anfechtungsgrund kann nur eine Behauptung sein, welche im Termin (§ 100) geltend gemacht worden ist oder damals ohne Verschulden des Klägers nicht geltend gemacht werden konnte. Dass ein Anfechtungsgrund erst nach jenem Termine entsteht, ist nicht wohl denkbar, weil die Nachschusspflicht lediglich auf der zur Zeit der K.-O. bestehenden Genosseneigenschaft beruht. Die freiwillige Zahlung des Vorschusses oder eines grösseren Betrages (§ 98 Abs. 4 Gen.-Ges.) wäre aber kein Anfechtungsgrund, vielmehr Anerkennung der Verpflichtung. Jedenfalls würde ein solcher, nachträglich entstandener Anfechtungsgrund als ohne Verschulden des Klägers nicht im Termine geltend gemacht zu behandeln sein. Die Klage, insbesondere die Zuständigkeit wäre also auch dann nach §§ 104, 105 Gen.-Ges., nicht nach § 686 C.-P.-O. zu beurteilen. Der letztere hat nicht für die Anfechtung der Vorschussberechnung, sondern nur für den Fall Bedeutung, dass trotz Zahlung des festgesetzten Vorschusses oder eines höheren Betrages noch zwangsweise Beitreibung erfolgt (§ 102 Abs. 3 Gen.-Ges.). Wird die Anfechtungsklage darauf gestützt, dass Kläger niemals Genosse geworden sei, so trifft den K.-V. die Beweislast für die von ihm behauptete Genosseneigenschaft. Denn der K.-V. ist der Angreifer, welcher die Entstehung eines Anspruches zugunsten der im Konkurs befindlichen Genossenschaft behauptet, während der Kläger sich dagegen verteidigt.[1] Macht dieser dagegen geltend, er sei nachträglich ausgetreten und sein Austritt sei bei Führung der Genossenliste unberücksichtigt geblieben, so muss er dies beweisen, weil es zur Begründung seiner Einrede gehört.

3. Mehrere Genossen können als Streitgenossen gemeinschaftlich die Anfechtungsklage erheben (§ 57 C.-P.-O.). Das Urteil wirkt zwar nach § 104 Abs. 2 für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen. Trotzdem kann man nicht von einer notwendigen Streitgenossenschaft (§ 59 C.-P.-O.) reden,[2] denn die Genossen klagen nicht aus demselben Rechtsgrunde (§ 56 C.-P.-O.), sondern nur aus gleichartigem rechtlichen und thatsächlichen Grunde (§ 57 C.-P.-O.). Die Nachschusspflicht des einzelnen Genossen wird allerdings allen Genossen gegenüber einheitlich festgestellt oder verneint; über die Nachschusspflicht mehrerer als Streitgenossen klagender Genossen können jedoch verschiedene Entscheidungen ergehen, indem ein Teil der Kläger abgewiesen wird, während ein anderer Teil siegt. Es handelt sich also nicht um die einheitliche Feststellung eines einzigen Rechtsverhältnisses, sondern um ebensoviele Rechtsverhältnisse als Kläger auftreten. Dagegen findet auf einen Genossen, welcher als Nebenintervenient eintritt, wegen § 104 Abs. 2 der § 66 C.-P.-O. Anwendung.

1) R.-G. (I.) 22. Dez. 1883, Entsch. Bd. 14 S. 91, 92.

2) A. M.: Joël S. 637 Bem. II.

4. Werden die Klagen getrennt angestellt, so muss das Gericht die Verbindung anordnen (§ 105 Abs. 1); dadurch wird Zeit und Kraft gespart. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der Verbindung darf die Verhandlung über einzelne Klagen erst beginnen, wenn durch den Ablauf der Notfrist die Erhebung neuer Klagen — unbeschadet der Wiedereinsetzungsmöglichkeit § 211 ff. C.-P.-O. — ausgeschlossen erscheint. Erwirkt ein Genosse nachträglich die Wiedereinsetzung und wird in Folge hiervon eine neue Klage anhängig, so ist auch die Verhandlung über diesen Prozess mit den bereits anhängigen zu verbinden. Die Verbindung ist selbstverständlich ausgeschlossen, wenn die innerhalb der Notfrist erhobenen Klagen überhaupt oder doch in der 1. Instanz bereits erledigt sind. Das Verbindungsgebot tritt jedoch sofort wieder in Kraft, wenn mehr als eine verspätete Klage durch Wiedereinsetzung zugelassen wird.

5. Das Amtsgericht ist auch dann zuständig, wenn mit Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes nach der allgemeinen Regel des § 23 Z. 1 mit § 70 G.-V.-G. das Landgericht zuständig wäre. Die Vorschriften des § 105 Abs. 2 u. 3 entsprechen denen des § 467 C.-P.-O., jedoch mit dem Unterschiede, dass der Antrag schon vor Beginn jeder Verhandlung zur Hauptsache gestellt werden muss, die Entscheidung nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss erfolgt und die Rechtsmittelfrist schon mit der Verkündung dieses Beschlusses, nicht erst mit der Zustellung zu laufen beginnt. Wenn nach rechtskräftiger Verweisung der innerhalb der Notfrist anhängig gewordenen Prozesse durch Wiedereinsetzung eine verspätete Klage zugelassen wird, so handelt es sich hierbei gleichfalls um eine bei dem Amtsgerichte erhobene Klage; nach dem letzten Satze des Abs. 1 müsste sonach das Gericht die Verbindung mit den übrigen anhängigen Prozessen von Amts wegen anordnen. Diese Anordnung ist aber nur möglich durch gleichzeitige Verweisung der verspäteten Klage an das Landgericht; und diese Verweisung kann nur auf Antrag einer Partei erfolgen. In einem solchen Falle wird zwar der K.-V. regelmässig den Verweisungsantrag stellen; er kann aber hierzu nicht gezwungen werden. Jedenfalls ist unter diesen Umständen die Verbindung von einem Antrag abhängig.

6. Hinsichtlich der Kosten werden im Falle der Verweisung die Verhandlungen vor dem Amtsgericht und vor dem Landgericht als eine Instanz behandelt (§ 105 Abs. 3 Gen.-Ges. mit §§ 28 u. 30 Abs. 1 G.-K.-G. u. §§ 25, 26 Geb.-O. f. Rechtsanwälte).

§ 106.

Soweit infolge des Unvermögens einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen der zu deckende Gesamtbetrag nicht erreicht wird, oder in Gemässheit des auf eine Anfechtungsklage ergehenden Urteils oder aus anderen Gründen die Berechnung abzuändern ist, hat der Konkursverwalter eine Zusatzberechnung aufzustellen. Rücksichtlich derselben kommen die Vorschriften in §§ 99 bis 105 zur Anwendung.

Die Aufstellung einer Zusatzberechnung ist erforderlichenfalls zu wiederholen.

(E. § 103; M. S. 243, 244; K. B. S. 817.)

1. Die Zusatzberechnung kann aufgestellt werden wegen eines durch das Unvermögen von Genossen bewirkten Ausfalls, dessen Höhe das bei der Vorschussberechnung berücksichtigte Maass übersteigt, wegen des Ausganges von Anfechtungsprozessen (§§ 104, 105), endlich aus anderen Gründen z. B. weil der K.-V. selbst nachträglich einen erheblichen Rechnungsfehler entdeckt hat. In den beiden ersten Fällen ist die Zusatzberechnung notwendig. Ob die andern Gründe so wichtig sind, dass die Berechnung abzuändern ist,

hat der K.-V. zu erwägen, der dabei sowohl die Umständlichkeit und die Kosten des zu diesem Zwecke zu wiederholenden Vorschussverfahrens (§§ 99 ff.) als die Möglichkeit zu bedenken hat, dass diese Mängel durch das später ohnehin notwendig werdende Nachschussverfahren (§ 107) geheilt werden können. In allen Fällen kann der K.-V. zum Vollzuge des § 106 von Aufsichts wegen durch das Konkursgericht angehalten werden (§§ 75, 76 K.-O). Hat er die Zusatzberechnung aufgestellt, so muss das Gericht das weitere Verfahren einleiten; dabei kann die gemäss § 101 eintretende Berichtigung in dem dritten Falle dahin gehen, dass der vom K.-V. gefundene Rechnungsfehler gar nicht besteht und deshalb die Zusatzberechnung wegfällt. Aus anderen Gründen darf das Gericht niemals die Zusatzberechnung für überflüssig erklären, weil es ebenso wie hinsichtlich der ursprünglichen Berechnung nur über die Richtigkeit, nicht über die Notwendigkeit der Zusatzberechnung zu entscheiden hat. Auch die letztere muss die unvermögenden Genossen berücksichtigen und ist für vollstreckbar zu erklären.

2. Gegen die Zusatzberechnung sind Einwendungen und Anfechtungsklage zulässig. Jedoch können diese Rechtsmittel regelmässig nicht mehr darauf gestützt werden, dass die in Übereinstimmung mit der ersten Berechnung und mit dem im Anfechtungsprozess erlassenen Urteile herangezogenen Personen nicht beitragspflichtig seien. Denn dieser Anfechtungsgrund ist durch die Unterlassung der Einwendung im ersten Termin und der Anfechtungsklage innerhalb der Notfrist oder durch die Rechtskraft des Urteils hinfällig geworden. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur dann ein, wenn der Genosse, nachdem seine Einwendung im neuen Termin unberücksichtigt geblieben ist, für die Versäumnis der nach der Entscheidung über die erste Berechnung laufenden Notfrist (§ 104) Wiedereinsetzung erlangt und zugleich nachweisen kann, dass er ohne sein Verschulden nicht im Stande war, diese Einwendung schon im Termin über die erste Berechnung geltend zu machen.

3. Ist in einem rechtskräftigen Anfechtungsurteil eine bei der früheren Berechnung übersehene Person als nachschusspflichtig bezeichnet und demgemäss die Höhe der Nachschusspflicht für den einzelnen Genossen herabgesetzt worden, so kann der neu Herangezogene jedenfalls dann gegen die Aufnahme seines Namens in die Berechnung keine Einwendungen mehr vorbringen, wenn ihm der K.-V. im Anfechtungsprozess den Streit verkündet hatte, oder wenn er auf seinen eigenen Antrag als Nebenintervenient eingetreten war (§§ 65, 71 Abs. 3 C.-P.-O. mit § 65 K.-O.). Die Berücksichtigung der Behauptung, dass der Rechtsstreit unrichtig entschieden sei, darf hiernach der K.-V. auch in dem nach §§ 100, 106 stattfindenden Konkurstermin verweigern; jedenfalls braucht die erwähnte Behauptung im Anfechtungsprozess nicht gehört zu werden, weil dann die §§ 65 u. 71 C.-P.-O. unmittelbar Anwendung finden. War der neu Herangezogene dem früheren Anfechtungsprozess ganz fern geblieben, weil keine Streitverkündigung an ihn erfolgte, so hängt die Entscheidung der obigen Frage davon ab, ob man ihm § 104 Abs. 2 entgegenhalten darf. Dies kann nur geschehen, wenn der Urteilssatz sich nicht auf die Herabsetzung der Höhe des Vorschusses beschränkt, sondern zugleich die Feststellung enthält, dass der in der Vorschussberechnung nicht herangezogene Dritte als Genosse zu behandeln und nachschusspflichtig sei. Ein derartiges Urteil würde aber der Nichtigkeitsklage unterliegen. Der neu Herangezogene (angebliche) Genosse kann also die Anfechtungsklage erheben, ohne dass ihm die Rechtskraft des im früheren Anfechtungsprozess ergangenen Urteils entgegengehalten werden darf. Das Unbefriedigende dieser Lösung wird dadurch gemildert, dass derartige Fälle nur selten vorkommen werden, weil sie nur durch mehrfache Versehen und Verwechselungen denkbar sind.

§ 107.

Sobald mit dem Vollzuge der Schlussverteilung (Konk.-Ordng. § 149) begonnen wird, hat der Konkursverwalter in Ergänzung oder Berichtigung der

Vorschussberechnung und der zu derselben etwa ergangenen Zusätze zu berechnen, wieviel die Genossen in Gemässheit des § 98 an Nachschüssen zu leisten haben.

Die Berechnung (Nachschussberechnung) unterliegt den Vorschriften in §§ 99 bis 102, 104 bis 106, der Vorschrift in § 99 Abs. 2 mit der Maassgabe, dass auf Genossen, deren Unvermögen zur Leistung von Beiträgen sich herausgestellt hat, Beiträge nicht verteilt werden.

(E. § 104; M. S. 244; K. B. S. 817.)

1. Die Nachschussberechnung ist ihrem Wesen nach eine Zusatzberechnung und hat daher nur den Zweck, den durch die Schlussrechnung des K.-V. (§ 150 K.-O.) festgestellten, in den früheren Berechnungen noch nicht berücksichtigten oder auf Grund derselben nicht beibringlichen, Fehlbetrag auf die Genossen zu verteilen; sie soll einen weiteren vollstreckbaren Titel für die Beitreibung dieses Fehlbetrages liefern. Die hiernach einzufordernden Nachschüsse sind demnach nur ein Teil des nach § 98 zu berechnenden Nachschusses überhaupt. Da die Schlussrechnung die endgültige Feststellung des Fehlbetrages gestattet, so sind in der Nachschussberechnung die unvermögenden Genossen nicht mehr heranzuziehen. Diese Nachschussberechnung ist aber dessenungeachtet nicht notwendig die letzte Berechnung; vielmehr können infolge von Anfechtungen oder thatsächlichen Ausfällen bei der Beitreibung auch hier Zusatzberechnungen notwendig werden.

2. Der Zeitpunkt der Nachschussberechnung ist durch § 107 dahin bestimmt, dass dieselbe vom K.-V. aufgestellt werden muss, sobald der Vollzug der Schlussverteilung begonnen hat. Die Schlussverteilung beginnt, sobald die Verwertung der Masse beendigt, die Schlussrechnung erledigt, über die Behandlung der nicht verwertbaren Vermögensstücke Beschluss gefasst und endlich die Schlussverteilung durch das Konkursgericht genehmigt ist (§§ 149, 150 K.-O.). Sobald der K.-V. die Genehmigung der Schlussverteilung erhalten hat, ist er in der Lage, die Nachschussberechnung aufzustellen; er braucht nicht abzuwarten, bis ein Gläubiger seinen aus der Schlussverteilung zu beanspruchenden Betrag erhoben hat. Der Beginn des Vollzugs ist für ihn nur der späteste Termin; er soll nicht warten, bis die Schlussverteilung vollständig beendigt ist.

§ 108.

Der Verwalter hat, nachdem die Nachschussberechnung für vollstreckbar erklärt ist, unverzüglich den gemäss § 103 vorhandenen Bestand und, so oft von den noch einzuziehenden Beiträgen hinreichender Bestand eingegangen ist, diesen im Wege der Nachtragsverteilung (Konk.-Ordng. § 153) unter die Gläubiger zu verteilen.

Ausser den Anteilen auf die im § 155 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen sind zurückzubehalten die Anteile auf Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande ausdrücklich bestritten worden sind. Dem Gläubiger bleibt überlassen, den Widerspruch des Vorstandes durch Klage zu beseitigen. Soweit der Widerspruch rechtskräftig für begründet erklärt wird, werden die Anteile zur Verteilung unter die übrigen Gläubiger frei.

Die zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlichen Überschüsse hat der Konkursverwalter an die Genossen zurückzuzahlen.

(E. § 105; M. S. 244, 245; K. S. 817.)

Die Verteilung der Nachschüsse wird im Gesetz als Nachtragsverteilung aufgefasst; doch darf der K.-V. damit nicht, wie es § 153 K.-O. rechtfertigen würde, bis zur vollständigen Erledigung der Schlussverteilung warten, sondern muss den vorhandenen Bestand der Nachschussbeträge unverzüglich verteilen, sobald die Nachschussberechnung für vollstreckbar erklärt und so oft hinreichender Bestand vorhanden ist. Die Auszahlung erfolgt jedoch nur unbeschadet der gemäss § 155 K.-O. und § 108 Abs. 2 zurückzubehaltenden Beträge. Der Umfang der letzteren ist im Genossenschaftskonkurs um die Summe derjenigen Forderungen erweitert, welche von dem Vorstande (also dem Vertreter des Gemeinschuldners) bestritten worden sind. Diese Ausdehnung war erforderlich, weil die Gläubiger derartiger Forderungen gänzlich schutzlos wären, wenn die Verteilung des gesamten Genossenschaftsvermögens ohne Rücksicht auf ihre Forderungen erfolgen dürfte. Sie würden sonst dem Nichts gegenüberstehen, da mit der Verteilung des Genossenschaftsvermögens und der darauf folgenden Aufhebung des Kv. das verpflichtete Rechtssubjekt untergeht. Die Beseitigung des Widerspruchs ist im Wege der Klage durch den Gläubiger und zwar auch dann herbeizuführen, wenn für die Forderung ein vollstreckbarer Titel bestand, als der Widerspruch erfolgte. In Ermangelung eines anderen Schutzmittels gegen die Verzögerung der Klage seitens des Gläubigers kann es dem Vorstand nicht verwehrt werden, seinerseits Feststellungsklage mit dem Antrage zu erheben, es sei der Widerspruch für begründet zu erklären. Im Falle der Verwerfung des Widerspruchs des Vorstandes muss die Forderung im Nachschussverfahren befriedigt werden, sofern auch den K.-Gl. gegenüber die Feststellung erfolgt war; ausser diesem Falle hat die Klage gegen den Vorstand keinen Zweck. Wird der Widerspruch für begründet erklärt, so wird der zurückbehaltene Betrag zur Verteilung an die übrigen Gläubiger oder an die Genossen (§ 108 Abs. 3) frei. Es ist zwar denkbar, dass die K.-Gl. und der K.-V. die Forderung im Prüfungstermin anerkannt hatten und dass der Gläubiger bis zur Schlussverteilung mit Anteilen berücksichtigt worden war. Dieser ist aber dann nichtsdestoweniger von der Anteilnahme im Nachschussverfahren ausgeschlossen, weil die von dem Vorstand erwirkte Feststellung der Begründetheit des Widerspruchs zugunsten der nachschusspflichtigen Genossen wirken muss.[1]

§ 109.

Eine Aufhebung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich findet nicht statt.

Eine Einstellung des Verfahrens ist erst zulässig, nachdem mit dem Vollzuge der Schlussverteilung begonnen ist. Die Zustimmung aller bei der letzteren berücksichtigten Konkursgläubiger ist beizubringen. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

(E. § 106; M. S. 245, 246; K. B. S. 817.)

Das Kv. wird durch Aufhebung oder durch Einstellung beendigt. Von den Aufhebungsgründen entfällt der Zwangsvergleich (Abs. 1), weil er dem Wesen der Genossenschaft und zwar der Haftung der einzelnen Genossenschafter widerspricht. Auf derselben Rücksicht beruht auch der Wegfall der Einstellung gemäss § 190 K.-O. (vgl. Bem. zu § 93 Gen.-Ges.).

Der Zeitpunkt der zulässigen Einstellung ist durch Abs. 2 bestimmt. Für den Zeitpunkt der Aufhebung fehlt es dagegen an einer Vorschrift. § 151 K.-O. ist nicht

[1] V. Joël Bem. III. B. 3 S. 644.

anwendbar, weil sich an Schlusstermin und Schlussverteilung noch das Nachschussverfahren anreiht, welches ein Bestandteil des Kv. ist und die Thätigkeit des K.-V. in Anspruch nimmt. Die Aufhebung sollte daher erst erfolgen, wenn die Gläubiger im Nachschussverfahren befriedigt sind.

Von der Aufhebung und Einstellung des Kv. hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts an das registerführende Gericht behufs Eintragung Mitteilung zu machen (§ 22 Abs. 2 u. Bekanntmachung v. 11. Juli 1889).

§ 110.

Der Vorstand ist verpflichtet, den Konkursverwalter bei den diesem in § 99 Absatz 1, § 102 Absatz 1, §§ 106, 107 zugewiesenen Obliegenheiten zu unterstützen.

(E. § 107; M. S. 246; K. B. S. 817.)

Diese Vorschrift enthält eine Anwendung des im § 92 K.-O. ausgesprochenen Grundsatzes, welcher neben § 110 auch im Genossenschaftskonkurs seine Anwendbarkeit behält.

§ 111.

Die in diesem Abschnitte hinsichtlich des Vorstandes getroffenen Bestimmungen gelten auch hinsichtlich der Liquidatoren.

(E. § 107 Abs. 2; M. S. 246; K. B. S. 817.)

Die Liquidatoren treten nach Auflösung der Genossenschaft an Stelle des Vorstands. Sie können im Kv. nur dann auftreten, wenn dieses wegen Überschuldung eröffnet wurde (§ 91 Abs. 1, § 134 Gen.-Ges.). Im einzelnen bezieht sich § 111 auf die Anwendung der §§ 92, 93, 96, 97, 101, 106—108, 110.

8. Abschnitt.

Besondere Bestimmungen.

I. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht.

§ 116.

Im Falle des Konkursverfahrens sind neben der Genossenschaft die einzelnen Genossen solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen den Konkursgläubigern für den Ausfall verhaftet, welchen diese an ihren bei der Schlussverteilung (Konk.-Ordng. § 149) berücksichtigten Forderungen bei derselben erleiden.

Nach Ablauf von drei Monaten seit dem Termin, in welchem die Nachschussberechnung für vollstreckbar erklärt ist, können die Gläubiger, soweit sie bisher nicht befriedigt sind, die einzelnen Genossen in Anspruch nehmen, ohne dass den letztern die Einrede der Teilung zusteht.

Festgestellte Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande oder den Liquidatoren nicht ausdrücklich bestritten sind, können auch von den in Anspruch genommenen Genossen nicht bestritten werden.

Das rechtskräftige Urteil, welches in dem Prozess über eine im Prüfungstermine von dem Vorstand oder den Liquidatoren bestrittene Forderung für oder gegen dieselben ergeht, wirkt gegenüber allen Genossen.

In Ansehung einer im Konkursverfahren streitig gebliebenen Forderung kann, solange dieselbe nicht festgestellt ist, eine Verurteilung der Genossen nicht erfolgen.

(E. § 111; M. S. 246—248; K. B. S. 817—821.)

1. Die unbeschränkte Haftpflicht der Genossen ist gerade im Fall des Kv. von Bedeutung. Den Gegenstand der Haftpflicht bilden diejenigen Forderungen, welche bei der Schlussverteilung berücksichtigt worden sind und zwar insoweit, als der Gläubiger nicht vor dem Einzelangriff, bezw. vor der Vollstreckung des Urteils über den Einzelangriff, aus der Konkursmasse, einschliesslich der Nachschüsse, Befriedigung erlangt hat. Die Haftpflicht erstreckt sich hiernach nicht auf Forderungen, welche auch im Kv. nicht geltend gemacht werden können (§ 56 K.-O.) und nicht auf denjenigen Teil der Forderungen, welcher im Kv. durch Zahlung oder Aufrechnung getilgt wurde (vgl. § 98 Gen.-Ges.). Unerheblich ist die Genosseneigenschaft des K.-Gl. Der Umstand, dass er selbst den übrigen K.-Gl. haftet, ist kein Grund, ihm den Einzelangriff zu versagen. Nur wenn die Forderung des Genossen gegen die Genossenschaft durch den Eintritt in die letztere entstanden, so dass sie von seiner Eigenschaft als Genosse untrennbar ist, wie das bei Versicherungsansprüchen aus einer Versicherung auf Gegenseitigkeit der Fall, ist der Einzelangriff versagt. Für einen solchen Anspruch kann nur Befriedigung aus den Beiträgen der Genossen verlangt werden; der Einzelangriff würde also einen Vertragsbruch bedeuten.[1]) Abgesehen von dem Gegenstande sind die Voraussetzungen des Einzelangriffs: Verkündung der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschussberechnung (§§ 107, 101 Gen.-Ges.) und Ablauf von drei Monaten seit dem Termin, in welchem diese Verkündung erfolgte. Nicht der Einzelangriff gegen einen Genossen, wohl aber dessen Verurteilung ist ferner bedingt durch die Feststellung der Forderung gegenüber den K.-Gl. (Abs. 5). Es kommt daher § 139 C.-P.-O. zur Anwendung, wenn die Klage gegen den Genossen vor jener Feststellung erhoben ist.

2. Der Einzelangriff muss immer durch Klage gegen den Genossen erfolgen, auch wenn die Forderung schon im Prüfungstermin zur Tabelle festgestellt und vom Vorstande bezw. den Liquidatoren nicht bestritten worden ist, ebenso wenn die Feststellung gegenüber dem bestreitenden K.-V. oder einem bestreitenden K.-Gl. im besonderen Feststellungsprozess (§ 134 K.-O.) erfolgt war. Auch wenn der K.-Gl., welcher den Einzelangriff unternehmen will, gegenüber der vonseiten des Vorstands oder der Liquidatoren im Prüfungstermine erfolgten Bestreitung die Feststellung seiner Forderung durch rechtskräftiges Urteil erwirkt hat, kann er dieses Urteil trotz Abs. 4 nicht gegen den Genossen vollstrecken lassen, weil es kein Leistungsurteil ist.

3. Dem Genossen stehen gegenüber der im Kv. nicht festgestellten Forderung alle denkbaren Einreden zu (Abs. 5); ebenso gegenüber festgestellten Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande oder den Liquidatoren ausdrücklich bestritten worden sind (Abs. 3). Dagegen kann der einzelne Genosse solche festgestellte Forderungen, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren nicht bestritten wurden (Abs. 3) oder welche

[1]) R.-G. (II.) 20. Mai 1884, Entsch. Bd. 11 S. 179 ff.

gegenüber der Bestreitung durch rechtskräftiges Urteil festgestellt worden sind (Abs 4) nicht mehr bestreiten. Ist die Forderung zwar gegenüber dem Vorstand bezw. den Liquidatoren festgestellt (Abs. 4), aber im Kv. streitig geblieben (Abs. 5), so sind zwar die materiellen Einreden aus dem Rechte der Genossenschaft ausgeschlossen; allein der Genosse hat nicht nur ein Recht auf Aussetzung des Urteils, sondern sogar auf Abweisung der Klage, wenn der Widerspruch des K.-V. oder der K.-Gl. rechtskräftig für unbegründet erklärt worden ist.

4. Hat der K.-Gl. für seine bestritten gebliebene Forderung zur Zeit der K.-E. bereits ein Endurteil, einen Vollstreckungsbefehl oder einen mit Vollstreckungsklausel versehenen Schuldtitel (§ 134 Abs. 6 K.-O.), so muss er nicht nur behufs des Einzelangriffs gegen den Genossen Leistungsklage erheben, sondern ist trotz seiner bevorzugten Stellung gegenüber dem Widersprechenden unter Umständen genötigt, auch gegen diesen Feststellungsklage zur Beseitigung des Widerspruchs zu erheben; dies ist dann der Fall, wenn der letztere nicht seinerseits gemäss § 134 Abs. 6 den Widerspruch klageweise verfolgt hat; denn diese Unterlassung sichert dem K.-Gl. nur die Beteiligung am Kv. und, wenn der Vorstand bezw. die Liquidatoren nicht widersprochen haben (§ 108 Abs. 2), auch die Beteiligung am Nachschussverfahren, nicht aber den erfolgreichen Einzelangriff.[1]

§ 117.

Die Klage der Gläubiger gegen die einzelnen Genossen verjährt, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährungsfrist gesetzlich eintritt, in zwei Jahren seit Ablauf der in § 116 Abs. 2 bestimmten Frist.

Die Verjährung zugunsten eines Genossen wird durch Rechtshandlungen unterbrochen, welche gegen die Genossenschaft oder von derselben vorgenommen werden; sie wird nicht unterbrochen durch Rechtshandlungen, welche gegen einen andern Genossen oder von demselben vorgenommen werden.

Die Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Rückgriffs gegen die Vormünder und Verwalter.

(E. § 112; M. S. 248; K. B. S. 821.)

Hinsichtlich der Berechnung der Verjährungsfrist, der Arten der Unterbrechungshandlungen, sowie in Bezug auf die Wirkung der Unterbrechung und der Verjährung bleibt das bürgerliche Recht maassgebend. Die Unterbrechung zugunsten eines Genossen wird nicht nur durch Rechtshandlungen bewirkt, welche gegen ihn selbst oder gegen die Genossenschaft (d. h. gegen ihren Vorstand) oder von dieser vorgenommen werden, sondern auch durch Rechtshandlungen, welche (z. B. durch Anmeldung einer Konkursforderung u. s. w.) gegenüber dem K.-V. oder gegen die Liquidatoren einer aufgelösten Genossenschaft gerichtet sind, bezw. von diesen Personen vorgenommen werden. Die Liquidatoren nehmen dieselbe Stellung ein wie der Vorstand, und der K.-V. vertritt während des Kv. die Genossenschaft nach aussen.[2] *Es gelten in dieser Beziehung die nämlichen Grundsätze wie nach dem früheren Gesetz.*[3]

Der Anfangspunkt der Verjährung gilt auch für betagte Forderungen, weil diese im Kv. als fällige behandelt werden und der Einzelangriff nach § 116 nur zugunsten von Konkursforderungen zulässig ist.

[1] Joël, Bem. II. 2. S. 671.

[2] R.-G. (II.) 30. Jan. 1891, Jur. Woch. S. 134 Nr. 17; Maurer S. 352 Nr. 2.

[3] R.-G. (verein. C.-S.) 14. Jan. 1882, Entsch. Bd. 6 S. 33 ff.

§ 118.

Soweit Genossen in Gemässheit des § 116 Konkursgläubiger befriedigen, treten sie in die Rechte der letzteren gegen die Genossenschaft ein.

(E. § 113; M. S. 248, 249; K. B. S. 821.)

Das Gesetz räumt den die K.-Gl. befriedigenden Genossen einen Rückgriff gegen die Genossenschaft ein, ohne den (nach allgemeinem bürgerlichen Recht zulässigen) Rückgriff gegen die einzelnen Genossen zu erwähnen; der letztere Rückgriff soll ausgeschlossen werden. Zwar hätte diese Absicht im Gesetze selbst deutlicher, durch Einschaltung des Wortes „nur", ausgesprochen werden dürfen. Immerhin ist die Aufnahme des § 118 ein genügender Ausdruck dieser Absicht, denn wenn man es ganz beim bürgerlichen Rechte belassen und den Rückgriff sowohl gegen die einzelnen Genossen als gegen die Genossenschaft einräumen wollte, war § 118 überflüssig.[1]) Der K.-Gl. kann auch die einmal bezahlte Forderung nicht behufs Rückgriffes dem Genossen abtreten, von dem er bezahlt worden ist; durch die Befriedigung des K.-Gl. gehen alle seine Ansprüche gegen die übrigen Genossen unter. Anders liegt die Sache, wenn der Genosse nicht den K.-Gl. durch Zahlung befriedigt, sondern dessen Forderung durch besonderen Vertrag (Cession) erworben hat.[2])

§ 119.

Die Bestimmungen der §§ 116 bis 118 finden auf die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Konkursverfahrens aus der Genossenschaft ausgeschiedenen Genossen (§§ 68, 74), welche nicht schon in Gemässheit des § 73 der Haftpflicht unterliegen, wegen der bis zu dem Zeitpunkt ihres Ausscheidens von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten mit der Maassgabe Anwendung, dass der Anspruch der Gläubiger erst nach Ablauf von sechs Monaten seit dem Termin, in welchem die Nachschussberechnung (§ 107) für vollstreckbar erklärt ist, erhoben werden kann.

Dieser Anspruch erstreckt sich, wenn im Falle des Todes eines Genossen dessen Ausscheiden nach dem in § 75 Absatz 1 bezeichneten Zeitpunkt eingetragen ist, auf die bis zum Tage der Eintragung von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten, sofern nicht der Erbe beweist, dass bei ihrer Eingehung dem Gläubiger der Tod des Genossen bekannt war.

(E. —; M. —; K. B. S. 821.)

1. Die Haftung der ausgeschiedenen Genossen ist nicht für alle Ausscheidungsfälle die nämliche. Ausscheidungsgründe sind: a) Kündigung durch den Genossen (§ 63), b) Kündigung durch den Gläubiger eines Genossen (§ 64), c) Verlegung des Wohnsitzes (§ 65), d) Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 66), e) Mitgliedschaft bei einer anderen Genossenschaft derselben Art (§ 66), f) andere statutarische Gründe (§ 66 Abs. 2), g) Übertragung des Geschäftsanteils (§ 74) und h) Tod des Genossen (§ 75). Die Regel bilden die Fälle a—g, eine Ausnahme wird gemacht für den Fall h. Innerhalb des Kreises der regelmässigen Fälle aber hat der Eintritt der K.-E. vor Ablauf von 6 Monaten eine

[1]) Joël, Bem. I. S. 674, 675; Parisius u. Crüger S. 329 Nr. 2; Pröbst S. 333, 334. A. M.: Maurer S. 354 ff.

[2]) Joël S. 675, 676 Nr. 2 zu § 118; R.-G. (I.) 6. Nov. 1886, Entsch. Bd. 18 S. 90.

andere Bedeutung bei den Fällen a—f, als bei dem Falle g; ferner beginnt die zweijährige Frist dort in einem anderen Zeitpunkt als bei g.

2. In den regelmässigen Fällen a—f wird das Ausscheiden wirksam mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem der Ausscheidungsgrund eintrat (§§ 63—66), bei Genossenschaften mit Ausschluss der Gewinnverteilung (§ 20) schon mit Ablauf des Vierteljahrs, in welchem der Ausscheidungsgrund eintrat (§ 114). Das Ausscheiden wegen Übertragung des Geschäftsanteiles wird dagegen schon am Tage der Eintragung in die bei Gericht zu führende Genossenliste (§ 74 Abs. 3) wirksam. In den Fällen a bis f gilt das Ausscheiden als nicht erfolgt, wenn vor Ablauf von sechs Monaten nach diesem Zeitpunkt die Auflösung der Genossenschaft eintritt (§ 73), nach § 94 also auch dann, wenn innerhalb dieser Frist über das Vermögen der Genossenschaft das Kv. eröffnet wird. Die Folge hiervon ist, dass der thatsächlich Ausgeschiedene rechtlich als Genosse behandelt, insbesondere zum Vorschuss- und Nachschussverfahren herangezogen wird und dass die Zulässigkeit des Einzelangriffs gegen ihn nach § 116, nicht nach § 119 zu beurteilen ist. Im Falle (g) der Übertragung des Geschäftsguthabens gilt der Satz des § 73 nicht; der Veräusserer bleibt also ausgeschieden und haftet daher grundsätzlich im Vorschuss- und Nachschussverfahren nicht, gegenüber dem Einzelangriff nur nach § 119. Er haftet aber ausnahmsweise doch für die Nachschüsse (im Sinne des § 98), nämlich in zweiter Linie, soweit der Erwerber zur Leistung unvermögend ist (§ 74 Abs. 4). Diese ausnahmsweise Haftung des Veräusserers tritt aber nicht nur dann ein, wenn die K.-E. binnen 6 Monaten nach Eintragung des Ausscheidens zur Auflösung der Genossenschaft geführt hat, sondern auch dann, wenn die Auflösung innerhalb dieser Frist aus einem andern Grunde erfolgt war und nachträglich die K.-E. eintrat.

3. Wird die K.-E. später als 6 Monate nach dem Zeitpunkte des Ausscheidens verhängt, so fällt die Haftung für Nachschüsse (im Sinne des § 98) immer hinweg, die Haftung gegenüber dem Einzelangriff aber nur dann, wenn die K.-E. später als zwei Jahre nach dem Zeitpunkte des Ausscheidens eintrat. Der ausgeschiedene Genosse haftet also den einzelnen Gläubigern samtverbindlich und mit seinem ganzen Vermögen (§ 116) unter folgenden Bedingungen:

a) wenn die K.-E. vor Ablauf des zweiten Jahres nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens erfolgte;

b) erst nach Ablauf von 6 Monaten seit Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschussberechnung und

c) nur wegen der bis zum Zeitpunkte des Ausscheidens von der Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten, selbst wenn diese zur Zeit des Ausscheidens noch betagt oder bedingt waren. Dagegen haftet der ausgeschiedene Genosse nicht mehr für die aus einem Kontokorrentverhältnisse stammende Saldoforderung, welche auf neue Rechnung übertragen worden und so in einer neuen Saldoforderung aufgegangen ist.[1] *Auch der ausgeschiedene Genosse hat im Falle des Einzelangriffs nur den Rückgriff gegen die Genossenschaft, nicht einen solchen gegen einzelne Genossen (s. Bem. zu § 118).*[2]

4. Der Anspruch gegen den ausgeschiedenen Genossen verjährt nach § 117 durch Ablauf von zwei Jahren; die Verjährungsfrist würde bei wörtlicher Auslegung des § 119 in demselben Zeitpunkt beginnen wie gegenüber den nicht ausgeschiedenen Genossen, nämlich schon nach Ablauf von drei Monaten seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschussberechnung, also vor Eintritt der Klagbarkeit; da diese Auslegung dem Wesen der Verjährung widerspricht, kann aber § 117 nur entsprechend angewendet werden, so dass der Lauf der Verjährungsfrist mit dem Ablauf des sechsten Monats seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschussberechnung beginnt.[3]

[1]) R.-G. (III.) 1. Febr. 1887, Entsch. Bd. 18 S. 246.

[2]) Joël S. 675 Nr. II. A. M.: Maurer S. 352, 359;

[3]) Maurer S. 352, 353 Nr. 3.

5. Im Falle des Ausscheidens eines Genossen durch Tod (§ 75, 119 Abs. 2) wird zwar das Genossenverhältnis mit dem Schlusse des Geschäftsjahres, in welchem der Tod eintrat, gelöst, indem die Mitgliedschaft des Verstorbenen bis zu diesem Zeitpunkte durch den Erben fortgesetzt werden muss. Die zweijährige Frist ist demnach von dem Schlusse des Geschäftsjahres an zu berechnen. Aber für den Umfang der Haftung ist der Tag der Eintragung des Ausscheidens in die Genossenliste maassgebend, soferne die Eintragung erst nach Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt, in welchem der Tod eintrat, und soferne nicht der Erbe beweist, dass bei Eingehung der zwischen dem Ende dieses Geschäftsjahres und der Eintragung abgeschlossenen Geschäfte der Tod des Genossen dem Gläubiger bekannt war. Der Erbe kann sich gegen diese Ausdehnung der Haftung dadurch schützen, dass er gemäss § 69 den Todesfall in der Genossenliste vor Ablauf des Geschäftsjahres vormerken lässt; denn da er bis zum Ablaufe des Geschäftsjahres als Genosse zu behandeln ist, darf er auch alle Rechte eines Genossen ausüben.[1] Wird die Eintragung erst nach Ablauf der zweijährigen Ausschlussfrist (§ 119 Abs. 1) vorgenommen, so ist der Einzelangriff überhaupt ausgeschlossen; es kann also von einer Ausdehnung der Haftung auf Geschäfte, welche erst nach diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, keine Rede sein.[2] Die Erben der aus anderen Gründen ausgeschiedenen Genossen haften nur nach Abs. 1.

II. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht.

§ 122.

Ist im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens nach Ablauf von drei Monaten seit dem Termin, in welchem die Nachschussberechnung (§ 107) für vollstreckbar erklärt ist, die Befriedigung oder Sicherstellung der im § 98 Abs. 1 bezeichneten Konkursgläubiger noch nicht bewirkt, so sind die hierzu erforderlichen Beiträge von den innerhalb der letzten achtzehn Monate vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen Genossen, welche nicht schon in Gemässheit des § 73 oder des § 74 Absatz 4 der Nachschusspflicht unterliegen, nach Maassgabe des § 98 zur Konkursmasse zu leisten.

§ 123.

Der Konkursverwalter hat ohne Verzug eine Berechnung über die Beitragspflicht der Ausgeschiedenen aufzustellen.

In der Berechnung sind dieselben namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu verteilen, soweit nicht das Unvermögen Einzelner zur Leistung von Beiträgen vorauszusehen ist.

Im übrigen finden die Vorschriften in § 99 Absatz 3, §§ 100 bis 102, 104 bis 106 und 108 entsprechende Anwendung.

[1]) Joël S. 677 Nr. I. 2b.

[2]) Maurer S. 358.

§ 124.

Durch die Bestimmungen der §§ 122, 123 wird die Einziehung der Nachschüsse von den in der Genossenschaft verbliebenen Genossen nicht berührt.

Aus den Nachschüssen der letzteren sind den Ausgeschiedenen die von diesen geleisteten Beiträge zu erstatten, sobald die Befriedigung oder Sicherstellung der sämtlichen in § 98 Absatz 1 bezeichneten Konkursgläubiger bewirkt ist.

(E. —; M —; K. B. S. 822.)

1. Diese Bestimmungen beruhen, wie die Ziff. II. überhaupt, auf den Beschlüssen der Reichstagskommission, von welcher die Bildung der neuen Genossenschaftsart vorgeschlagen worden ist. Der Einzelangriff ist hier ausgeschlossen; das Umlageverfahren für die zur Zeit der K.-E. noch vorhandenen Genossen wird durch die §§ 98 ff. geregelt. Deshalb haben die besonderen Bestimmungen für die Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht nur die Haftung der ausgeschiedenen Genossen und zwar nur deren Haftung für Nachschüsse zum Gegenstande. Voraussetzung der Nachschusspflicht ist:

a) Ablauf von 3 Monaten seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschussberechnung;

b) Vorhandensein von Gläubigern, welche bei der Schlussverteilung zu berücksichtigen waren, aber nicht Befriedigung bezw. Deckung gefunden haben;

c) Ausscheiden des Genossen innerhalb der Zeit zwischen dem Ende des sechsten und dem Ende des achtzehnten der K.-E. vorausgegangenen Monats (nach Maassgabe der §§ 63—66, 74 u. 75, vgl. Bem. 1 u. 2 zu § 119). Die in den letzten 6 Monaten vor der K.-E. ausgeschiedenen Genossen unterliegen der Nachschusspflicht nicht als ausgeschiedene Genossen, sondern als Mitglieder gemäss §§ 73 u. 74.

Gegenstand der Haftung sind die Schulden der Genossenschaft in ihrem ganzen Umfang, soweit sie im Kv. bezw. bei der Schlussverteilung zu berücksichtigen sind.

2. Das Nachschussverfahren gegenüber den ausgeschiedenen Genossen ist ein Teil des Kv. und steht daher unter der Herrschaft der K.-O., sowie der in § 123 aufgezählten Vorschriften des Gen.-Ges. Sachlich betrachtet, erscheint die Berechnung als Zusatzberechnung zur Nachschussberechnung (§ 107), denn die ausgeschiedenen Genossen werden, soweit sie überhaupt noch nachschusspflichtig sind, nach Ablauf der dreimonatlichen Frist des § 122 wie Mitglieder der Genossenschaft behandelt. Deshalb sind auch die unvermögenden Genossen bei der Aufstellung der Berechnung nicht mehr zu verzeichnen; das ergiebt die Nichterwähnung des § 99 Abs. 2 und ein Vergleich des Wortlautes dieser Bestimmung mit demjenigen des § 123 Abs. 2. Aus der Natur der Zusatzberechnung folgt auch die ungestörte Fortsetzung der Einziehung der einmal festgestellten Nachschüsse von den in der Genossenschaft verbliebenen Mitgliedern.

3. Nur insoferne unterscheidet sich die Lage der gemäss § 122 nachschusspflichtigen Personen von demjenigen Zustand, welcher durch Rückgängigmachung des Ausscheidens (§ 73) eintritt, als ihre Nachschusspflicht eine subsidiäre ist und als ihnen eben deshalb ein Rückgriff auf die nach Befriedigung bezw. Sicherstellung aller K.-Gl. in der Masse verbleibenden Überschüsse zusteht. Sie treten, in ähnlicher Weise wie die mit dem Einzelangriff verfolgten Genossen, gegenüber der Genossenschaft an die Stelle der befriedigten oder sichergestellten K.-Gl.

III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht.

§ 134.

Das Konkursverfahren findet bei bestehender Genossenschaft ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Überschuldung statt, sofern diese ein Vierteil des Betrages der Haftsummen aller Genossen übersteigt. Der Vorstand hat, wenn eine solche Überschuldung sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergiebt, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Die Vorschriften des § 92 Abs. 2, 3, § 93 finden entsprechende Anwendung.

§ 135.

Die einzelnen Genossen können über ihre Haftsumme hinaus weder auf Leistung von Nachschüssen, noch von den Konkursgläubigern in Anspruch genommen werden. Im übrigen finden auf den Anspruch der Gläubiger die Bestimmungen in §§ 116 bis 119 Anwendung.

(E. §§ 121, 122; M. S. 251, 252; K. B. S. 822, 823.)

Die Überschuldung als Voraussetzung der K.-E. bedarf keiner Erläuterung. Die Zulässigkeit der K.-E. im Falle des § 134 macht das Gebot der Einberufung einer Generalversammlung (§ 115 Gen.-Ges.) überflüssig; deren Einberufung für den Fall, dass die Überschuldung nicht die im § 134 vorausgesetzte Höhe erreicht, ist jedoch nicht ausgeschlossen. Die Unterlassung des Eröffnungsantrages zieht für die Vorstandsmitglieder civilrechtliche Verantwortlichkeit gemäss § 92 Abs. 2 und strafrechtliche Verantwortlichkeit gemäss § 142 Z. 2 nach sich. Mit dem Grundsatze der beschränkten Haftung ist zwar der Einzelangriff der K.-Gl. gegen die Genossen gemäss §§ 116 ff. verträglich, jedoch muss sich jeder Gläubiger bei dem Einzelangriff an die beschränkte Haftsumme halten und sich auf diese den Betrag anrechnen lassen, welchen der Genosse schon als Nachschuss (§ 98 ff.) in die Masse eingezahlt hat.

§ 198.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbstständiges Konkursverfahren statt.

Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

§ 199.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Maassgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

§ 200.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen.

§ 201.

Wenn Gesellschaftsgläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters eröffneten Konkursverfahren ihre Befriedigung wegen des Ausfalles suchen, welchen sie in dem Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen erleiden, so sind bei den Verteilungen die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im übrigen finden auf die vorstehend bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 57, 88 entsprechende Anwendung.

(E. §§ 198—201; M. S. 447—452; K. S. 120—125, 190—196; pr. K.-O. §§ 286—291.)

Lit.: Frankl, Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft nach österreichischem Recht.

1) Mag man die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien als juristische Person auffassen oder nicht, so musste nach den Bestimmungen des H.-G.-B. über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Kv. zugelassen werden. An diesem können sich nach Art. 122 H.-G.-B., welcher die Grundlage für dessen Regelung bildet, nur die Gesellschaftsgläubiger, nicht auch die Privatgläubiger der Gesellschafter beteiligen. Die Voraussetzungen für die K.-E. richten sich nach § 94. Es genügt hiernach nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, eine blosse Überschuldung, sondern es wird Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt. Bezüglich der aufgelösten Gesellschaft dauert die Zulässigkeit des Kv. nach § 198 Abs. 2 wie bei der Aktiengesellschaft bis zur beendigten Verteilung des Gesellschaftsvermögens fort (Bem. 2 zu §§ 193 ff.). Für dieses Verfahren ist, auch wenn mehrere Niederlassungen bestehen, dasjenige Amtsgericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat (H.-G.-B. Art. 111 Abs. 2, Art. 86, 144, 164, Abs. 2, Art. 151, 175, § 19 C.-P.-O., § 64 K.-O.).

Das System der pr. K.-O., nach deren § 287 zugleich mit dem Kv. über das Gesellschaftsvermögen auch dasjenige über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters eröffnet werden musste, wurde in der K.-O. aufgegeben. In den weitaus

meisten Fällen wird zwar eine Gesellschaft ihre Zahlungen erst dann einstellen, wenn auch die einzelnen Gesellschafter nicht mehr imstande sind, mit ihrem Privatvermögen zu Hilfe zu kommen, aber notwendig ist dies keineswegs; auch ist es nicht zu rechtfertigen, dass ein zahlungsfähiger Gesellschafter, der den Konkurs über das Gesellschaftsvermögen selbst wünscht, um nicht noch tiefer mit seinem Privatvermögen in den Verfall der Gesellschaft hineingezogen zu werden, durch die Androhung des Kv. über sein Privatvermögen genötigt wird, mittels weiterer Opfer die Zahlungseinstellung der Gesellschaft zu verhindern. Über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters findet hiernach die K.-E. nur dann statt, wenn auch in Beziehung auf ihn die Voraussetzungen der §§ 94, 95 — Zahlungsunfähigkeit und Antrag — vorhanden sind (M. S. 449 ff., 451).

Die Eröffnung des Kv. über das Gesellschaftsvermögen hat hiernach für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den einzelnen (persönlich haftenden) Gesellschaftern nur die Bedeutung, dass die Klage gegen letztere einen subsidiären Charakter annimmt und die K.-Gl. nur noch für den im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfall von den Gesellschaftern Befriedigung beanspruchen können.[1]) Diese Beschränkung tritt nach dem klaren Wortlaute des Art. 122 H.-G.-B. nicht nur dann ein, wenn über das Privatvermögen des betreffenden Gesellschafters gleichfalls Konkurs eröffnet worden ist, sondern auch dann, wenn eine solche K.-E. nicht stattgefunden hat. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich nicht darauf berufen, Art. 122 H.-G.-B. habe lediglich im Interesse der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter seine Grundlage. Diese Gläubiger haben nämlich ein Interesse daran, dass das Kv. über das Privatvermögen ihres Schuldners nicht eröffnet werde. Die Subsidiarität der Klagen der Gesellschaftsgläubiger kann aber diese K.-E. verhindern oder hinausschieben.[2])

Die Masse wird im Gesellschaftskonkurse durch das Gesellschaftsvermögen gebildet, zu welchem auch die Einlagen der Gesellschafter und der Kommanditisten gehören. Der K.-V. ist sonach befugt, diese Einlagen einzufordern und zur Masse zu ziehen.[3]) Bezüglich der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft bestehen zwar immer noch sehr verschiedene Auffassungen. Doch wird jetzt ziemlich allgemein anerkannt, dass ihr juristische Persönlichkeit nicht zukommt, vielmehr die einzelnen Gesellschafter Subjekte des Gesellschaftsvermögens (Sondervermögens) sind.[4]) Mit Rücksicht darauf sind die einzelnen Gesellschafter auch Subjekte der Masse und es kommen ihnen die Rechte und Verpflichtungen des Gemeinschuldners zu, soweit nicht im Gesetze in dieser Beziehung besondere Bestimmungen getroffen sind (§§ 199, 200). Jedenfalls müssen die Gesellschafter, soweit es sich um die Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt, als Gemeinschuldner gelten. Die Anfechtung auf Grund des § 24 Z. 2 ist hiernach auch dann gerechtfertigt, wenn ein einzelner Gesellschafter mit einem seiner Verwandten namens der Gesellschaft einen die K.-Gl. benachteiligenden Vertrag abgeschlossen hat.[5]) Dasselbe muss in Ansehung der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien gelten. Wenn die nämlichen Personen

[1]) R.-G. (I.) 6. Okt. 1886, Jur. Woch. 1887 S. 41.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 552, 553 Anm. 1, S. 562 Anm. 3; v. Hahn, H.-G.-B. Bd. 1 S. 393; Lastig in Endemanns Handb. Bd. 1 S. 401, 402; R.-G. (III.) 4. Okt. 1881, Entsch. Bd. 5 S. 51 ff., bes. 54. A. M.: Schultze in Gruchot Bd. 31 S. 767 ff., bes. 773 ff., der weitere Litteratur angiebt.

[3]) Frankl a. a. O. S. 40 ff.; Schwalb in Goldschmidts Z. Bd. 34 S. 427; ferner R.-G. (I.) 29. Sept. 1879, Entsch. Bd. 1 S. 69 ff., bes. S. 72, 73. A. M.: Fick, Konkurs der Kollektivgesellsch. S. 58 § 46.

[4]) V. hierzu besonders: Cosack, Lehrb. des Handelsr. S. 404 ff., S. 438 §§ 59 u. 62 Nr. 2; Frankl a. a. O. S. 2 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 435 ff., der S. 463 Anm. 1 die Rechtsprechung vollständig mitgeteilt hat; v. Hahn, H.-G.-B. (II. Aufl.) S. 349, 393, Vorbem. zu den §§ 110 ff. und § 10 zu § 122; Lastig in Endemanns Handb. Bd. 1 S. 334 ff.; Thöl, Handelsr. (VI. Aufl.) Bd. 1 S. 329, 330, 353; R.-G. (I.) 24. Juni 1882, Entsch. Bd. 9. S. 143 ff., bes. 144.

[5]) O.-L.-G. Dresden 22. Mai 1883, Wenglers Arch. N. F. Bd. VI. S. 193.

verschiedene offene Handelsgesellschaften bilden, so sind ebensoviele Konkurse möglich, während das Bestehen mehrerer Niederlassungen einer einzigen Gesellschaft eine Mehrheit von Kv., von § 208 K.-O. abgesehen, nicht rechtfertigt. Dort sind mehrere Gesellschaftsvermögen vorhanden, in Bezug auf welche die Zahlungsunfähigkeit selbständig zu verschiedenen Zeitpunkten eintreten kann; hier ist nur ein Gesellschaftsvermögen gegeben, folglich nur einheitliche Zahlungsunfähigkeit und nur ein Kv. möglich.[1]) K.-Gl. können im Konkurse der Gesellschaft nach § 2 nur solche Personen sein, welche einen zur Zeit der K.-E. begründeten Vermögensanspruch gegen die Gesellschaft selbst haben. Die Ehefrau kann ihr Einbringen regelmässig nur von demjenigen zurückfordern, dem sie es gegeben hat, d. h. von dem Ehemanne. Wenn dieser als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft das eingebrachte Vermögen seiner Frau in das Gesellschaftsvermögen eingeworfen hat, so tritt doch dadurch die Frau in kein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft, sondern muss sich nach wie vor an den Ehemann halten.[2]) Ist jedoch ihr Vermögen in sonstiger Weise zu Zwecken der Gesellschaft verwendet worden, so kann zu ihren Gunsten auch eine Forderung gegen die Gesellschaft selbst entstehen.[3])

2) Die Vorschriften des § 199 entsprechen denjenigen des § 194; nur sind hier an die Stelle der Vorstandsmitglieder die zur Zeit der Antragstellung vorhandenen Gesellschafter getreten. Ob ein Teilhaber zur Geschäftsführung befugt oder davon nach Art. 99 H.-G.-B. ausgeschlossen ist, kommt hier nicht in Betracht.[4]) Der Kommanditist hat, abgesehen von dem Falle seiner Bestellung zum Liquidator, nicht das Recht, die K.-E. zu beantragen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar zu bewirken; er ist zwar befugt, nach Maassgabe der Art. 123—125 H.-G.-B. die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (Art. 170, 200), aber nur in den dort vorgesehenen Fällen und in den die Gesellschafter schützenden Formen. Ein Antrag Goldschmidts, nach welchem bei der einfachen Kommanditgesellschaft auch dem Kommanditisten, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien auch der Generalversammlung und dem Aufsichtsrat das Recht zustehen sollte, die K.-E. zu beantragen, wurde abgelehnt (K. S. 120—122). Jeder einzelne Gesellschafter hat auch die Pflicht der Auskunftserteilung zu erfüllen und das Bestreitungsrecht im Prüfungstermin auszuüben; dagegen ist der Offenbarungseid nur von den geschäftsführenden Gesellschaftern zu leisten, weil die Eidesleistung eine Vertretungshandlung ist.[5])

3) Durch § 200 werden die Personen bezeichnet, mit welchen die K.-Gl. einen Zwangsvergleich abzuschliessen haben, und wird sodann dessen Inhalt mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der Gesellschafter bestimmt. Hierbei war die Auffassung maassgebend, dass der Gegenstand eines Zw.-V. nicht auf die Befriedigung der Gläubiger aus der Masse zu beschränken sei, vielmehr deren umfassende Befriedigung auch aus dem sonst dem Gemeinschuldner gehörigen oder dem später erworbenen Vermögen zum Gegenstand haben müsse (Vorbem. 2 zu Titel VI). Dieser Gesichtspunkt hat für den Gesellschaftskonkurs besondere Bedeutung. Für die persönlich haftenden Gesellschafter und mittelbar für die Gesellschaftsgläubiger würde ein Zw.-V. nahezu wertlos sein, wenn die Gesellschafter neben der Vergleichsquote kraft Gesetzes für den Rest der Gesellschaftsforderungen mit ihrem Privatvermögen verhaftet blieben. Der Zw.-V. muss deshalb mit den nach Zahl und Person bestimmten Gesellschaftern zugleich über ihre persönliche Haftpflicht geschlossen werden, dergestalt, dass die Gesellschaftsgläubiger gegen jeden von ihnen fortan nur die Forderungen aus diesem geltend machen können. Der Zw.-V. kann jedoch ein anderes

[1]) Behrend, Handelsr. Bd. 1 S. 590 Nr. 11; Frankl a. a. O. S. 25; Makower, H.-G.-B. S. 128; Renaud, Kommandit-Gesellsch. S. 60.

[2]) A. M.: Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 141, 142.

[3]) Frankl a. a. O. S. 43 ff.

[4]) Behrend, Handelsr. Bd. 1 S. 488; Endemann S. 634, 635; Fitting § 55 Anm. 9; Frankl a. a. O. S. 32 ff.; Lastig a. a. O. Bd. 1 S. 399; Renaud, Kommanditgesellsch. S. 483 und die Kommentare.

[5]) Frankl a. a. O. S. 37.

überhaupt oder betreffs einzelner Gesellschafter festsetzen. Der Vergleichsvorschlag muss deshalb von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich ausgehen. Der Zustimmung eines Kommanditisten bedarf es dagegen nicht.[1]) Da die Kommanditisten bei dem Abschlusse des Zw.-V. nicht mitzuwirken haben, sind im Falle der K.-E. über eine in Liquidation begriffene Gesellschaft auch die Liquidatoren nicht zum Abschlusse neben den Gesellschaftern heranzuziehen. Auf ausgeschiedene Gesellschafter findet Abs. 2 des § 200 ebensowenig Anwendung wie Abs. 1 oder § 199. In Ansehung ihrer ist § 178 maassgebend.[2]) Wegen Anwendung des § 162 vgl. Bem. 1 zu diesem §.

Die durch die K.-E. bewirkte Auflösung der Gesellschaft wird zwar durch den Zw.-V. nicht rückgängig gemacht (vgl. S. 474, 535, 541, 544).[3]) Immerhin können aber die §§ 152, 179 gegenüber der im Liquidationszustand befindlichen Gesellschaft zur Anwendung kommen. Gegen die einzelnen Gesellschafter bezw. deren Privatvermögen kann auf Grund dieses Zw.-V. eine Zwangsvollstreckung nicht erfolgen, weil die Feststellung im Gesellschaftskonkurse ihre Wirkungen nur in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen äussert. Auch im Falle der Einstellung des Verfahrens kommt § 152 zur Anwendung, solange die Gesellschaft noch weiter besteht. Nach durchgeführter Verteilung des Vermögens ist dagegen für Anwendung der §§ 152 und für 179 kein Raum mehr.[4])

4) Durch § 201 wird die Ausführung des Art. 122 H.-G.-B. geregelt, nach welchem die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter ihre Befriedigung nur wegen des Ausfalles suchen dürfen, den sie bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens erlitten haben. Hierbei stehen diese Gläubiger den Privatgläubigern ganz gleich und es haben die letzteren bezüglich des Privatvermögens ein Vorrecht nicht zu beanspruchen. Der in Art. 122 zugunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt hat durch die K.-O. seine Kraft verloren. Sonach sind die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht einräumten, aufgehoben. In der Reichstagskommission wurde von Hullmann zwar der Antrag gestellt, den § 201 dahin abzuändern, dass im Konkurse der einzelnen Gesellschafter die Privatgläubiger den Gesellschaftsgläubigern vorzugehen hätten. Dieser Antrag wurde jedoch wiederholt abgelehnt (K. S. 122—125, 190—196). Das R.-O.-H.-G. hat in einem Urt. v. 22. Mai 1875 (Entsch. Bd. 17 S. 284 ff.) den Art. 122 H.-G.-B. dahin ausgelegt, dass den Gläubigern die Pflicht obliege, ihre Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, und dass sie im Konkurse über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nur denjenigen Betrag zu erhalten hätten, welchen sie im Gesellschaftskonkurse nicht erhalten haben, wogegen sie hier nicht dasjenige beanspruchen könnten, was ihnen zufolge eigenen Verschuldens aus dem Gesellschaftskonkurse nicht zuteil geworden sei. Im Gegensatze zu dieser Auffassung wurde in der Reichstagskommission von Hagens ausgeführt, unter dem „Ausfall" sei derjenige Betrag zu verstehen, welchen der Gesellschaftsgläubiger — gleichviel aus welchem Grunde — thatsächlich nicht erhalten habe, es liege hiernach ein „Ausfall" auch dann vor, wenn der Gesellschaftsgläubiger es unterlassen habe, am Gesellschaftskonkurse teilzunehmen (K. S. 191, 192). Auch wurde, um dieser Auffassung im Gesetze Ausdruck zu verschaffen, in Abs. 2 des § die entsprechende Anwendung des § 57 vorgeschrieben. Dadurch ist festgestellt, dass der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung auch dann im Konkurse über das Privatvermögen eines Gesellschafters geltend machen kann, wenn er auf deren Anmeldung im Gesellschaftskonkurse ganz verzichtet hat (K. S. 190—196).[5]) Aus dieser Vorschrift

[1]) O.-L.-G. Karlsruhe 21. Juni 1889, bad. Ann. Bd. 56 S. 273.

[2]) R.-G. (II.) 1. März 1892, Rech. II. Nr. 8/92.

[3]) Der I. C.-S. des R.-G. hat in einem Urt. v. 13. Febr. 1892, Jur. Woch. S. 163, angenommen, dass die Gesellschaft ungeachtet der Auflösung nicht liquidiert zu werden brauche, sondern fortgesetzt werden könne.

[4]) Stieglitz S. 692 Nr. 3; Wengler S. 671; v. Wilmowski Nr. 1 a. E. zu § 200.

[5]) A. M.: O.-L.-G. Hamburg 13. Nov. 1888, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) Bd. 10 S. 9.

darf übrigens nicht geschlossen werden, dass es sich hier um ein wirkliches Absonderungsrecht handelt. Von einem solchen kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil das Gesellschaftsvermögen nicht einen Bestandteil des Privatvermögens der Gesellschafter bildet. Aber auch im übrigen gelten andere Grundsätze als bei der Geltendmachung eines Absonderungsrechtes. Der Gesellschaftsgläubiger kann seine Forderung, ohne dass es einer Glaubhaftmachung des mutmaasslichen Ausfalles bedarf, ihrem ganzen Betrage nach im Kv. über das Privatvermögen wie in dem über das Gesellschaftsvermögen anmelden. Auch wird der Anteil vorerst nach dem vollen Betrage der Forderung berechnet, weil es möglich ist, dass der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse nichts erhält oder auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichtet. Es darf jedoch nur „der Ausfall" an den Gläubiger bezahlt werden, weil er sonst mehr erhalten würde, als er zu fordern hat. Deshalb wird sein Anteil zurückgehalten, bis feststeht, welchen Betrag der Ausfall erreicht. Diese Zurückhaltung dauert auch dann fort, wenn die Schlussverteilung stattgefunden hat, während die für den Absonderungsberechtigten zurückbehaltenen Beträge nach § 144 für die Schlussverteilung frei werden, wenn den Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 nicht genügt ist.

Wenn die Ausfallsforderung feststeht, wird hieraus im Kv. über das Privatvermögen der Gesellschafter die Dividende berechnet. Der Gläubiger erhält, obgleich nach § 201 der volle Betrag der Forderung an die Gesellschaft zurückgehalten werden musste, im Kv. über das Privatvermögen eines Gesellschafters immer nur einen Teil seiner Ausfallsforderung, d. h. dessen, wofür er im Gesellschaftskonkurse nicht befriedigt wurde. Soweit es sich um das Verhältnis zwischen dem Gesellschaftskonkurse und demjenigen über das Privatvermögen eines Gesellschafters handelt, kommt § 61, der voraussetzt, dass jeder Schuldner für dieselbe Leistung auf das Ganze haftet, nicht zur Anwendung. Mit Rücksicht auf die Beschränkung auf eine Ausfallsforderung verweist § 201 auch auf § 57. Anders liegt die Sache dagegen, soweit der Gläubiger seine Forderung in verschiedenen Kv. über das Privatvermögen von mehreren Gesellschaftern geltend macht. Hier ist § 61 maassgebend. Der Gläubiger kann sonach in jedem Kv. die volle Ausfallsforderung anmelden.[1])

Der Umstand, dass es zunächst ungewiss ist, was der Gläubiger aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters zu beanspruchen habe, steht dessen Antrag auf K.-E. nicht im Wege, da auch solche Forderungen zu diesem Antrage berechtigen, welche bedingt sind oder deren Geldwert nicht feststeht (Bem. III. 1 zu §§ 95 ff.).[2])

§ 202.

Für das Konkursverfahren über einen Nachlass ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

§ 203.

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Überschuldung des Nachlasses voraus.

§ 204.

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, dass der Erbe noch eine Überlegungsfrist hat.

[1]) Cosack, Lehrb. des Handelsr. S. 431 § 61 Nr. 4; Endemann S. 336 Anm. 35; Fitting § 55 Anm. 13; Fuchs S. 163 und die Kommentare.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 23. Dez. 1887 und 10. Januar 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 255, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) Bd. 9 S. 147.

§ 205.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlassgläubiger berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Erben oder Nachlassvertretern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben oder Nachlassvertreter nach Maassgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

§ 206.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden.

(E. §§ 202—206; M. S. 452—456; K. S. 125; pr. K.-O. §§ 319—324, 114 Z. 2, 326, 335 Abs. 2, 338, 357.)

1. Konkursverfahren über einen Nachlass. Allgemeine Bemerkungen. (§ 202.)

Über einen Nachlass kann sowohl dann ein Kv. stattfinden, wenn ein Erbe noch fehlt, als auch dann, wenn die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten worden ist. Aus der Zulassung eines Nachlasskonkurses darf ebensowenig gefolgert werden, dass die K.-O. den Nachlass als juristische Person auffasse, wie aus der Zulassung von Gesellschaftskonkursen ein derartiger Schluss bezüglich der Gesellschaft gezogen werden darf. Auch der erblose Nachlass hat oder findet seinen Herrn, und der „Benefizialerbe" ist, wenngleich er die Pflichten eines Verwalters haben mag, Eigentümer des Nachlasses. Die Trennung, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlasse und dem Vermögen des noch unbekannten oder des Benefizialerben, sowie zwischen den Nachlassgläubigern und den Gläubigern des Erben aufstellen, ist aber so durchgreifend, dass es für gerechtfertigt gehalten wurde, den Nachlass als selbständiges Vermögensganzes und dessen bisherigen Träger als Gemeinschuldner zu behandeln. Der Nachlasskonkurs muss demnach auf den Namen des Erblassers und in dem Gerichtsstande der Erbschaft (C.-P.-O. § 28) eröffnet werden. In der Eröffnungsformel darf allerdings, wie v. Völderndorff (Bd. 2 S. 702 ff.) mit Recht bemerkt, nicht bloss der Name des Erblassers genannt, muss vielmehr gesagt werden, dass über dessen Nachlass der Konkurs eröffnet werde. Aber eine andere Auffassung liegt gewiss auch den Mot. (S. 452) nicht zu Grunde, deren Verfasser bloss die Annahme zurückweisen will, dass der Nachlass eine juristische Person bilde oder der Erbe als Gemeinschuldner gelten solle. Dass der in § 5 geregelte Verlust der Verfügungsbefugnis nicht den Verstorbenen sondern den Benefizialerben oder Nachlassvertreter trifft, ändert nichts an der Thatsache, dass im Eröffnungsbeschlusse nur der Name des Erblassers zu erwähnen und über dessen Vermögen das Kv. zu eröffnen ist.[1]) Auch nach dem Tode eines Einzelkaufmannes darf nur über dessen Vermögen (den Nachlass) oder, falls ein Erbe

[1]) Endemann S. 638; Fitting § 56 Anm. 2; v. Sarwey S. 862 Nr. 3; Stieglitz S. 697; Wengler S. 682; v. Wilmowski S. 492; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundschau 1883 S. 69 A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 702—704, welcher den Nachlass selbst als Gemeinschuldner betrachtet. v. Völderndorff giebt übrigens zu, dass hinsichtlich der Ausübung der Anfechtungs- und Aufrechnungsbefugnis, sowie der Anwendung des § 56 Z. 4 nur der Erblasser als Gemeinschuldner gelten könne. Ähnlich Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 168 Nr. 9.

vorhanden ist, der die Erbschaft ohne Rechtswohlthat des Inventars angenommen hat, über dessen Vermögen das Kv. eröffnet werden. Die K.-E. „über die Firma" hat keine rechtliche Bedeutung, weil diese ein Rechtssubjekt nicht ist.[1])

Daraus, dass der Nachlass nicht als juristische Person aufzufassen ist, folgt, dass Grundeigentum im Grund- oder Hypothekenbuche nur auf den Erben, und solange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, überhaupt nicht umgeschrieben werden kann (Bem. II. 2 zu § 5 S. 23 Anm. 4). Da der Konkurs nicht über das Vermögen der Erben, sondern nur über den Nachlass eröffnet wird, muss der K.-V. als Vertreter des Erblassers angesehen werden.[2]) Er hat aber, sofern Erben vorhanden sind, auch diejenigen Rechte auszuüben, welche den Erben als solchen zustehen, d. h. vom Erblasser auf sie übergegangen sind. Deshalb kann er auch von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen, welches das pr. allg. L.-R. I. 21 § 371 den Erben des Mieters einräumt.[3])

Das Kv. wird in der Regel den ganzen Nachlass auch dann zum Gegenstande haben, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Sofern letztern Falles der Nachlass kraft Gesetzes in verschiedene Erbteile zerfällt oder zufolge Auseinandersetzung der Miterben geteilt ist, kann jedoch ein Kv. auch über den Erbteil eines unbekannten oder eines mit der Rechtswohlthat des Inventars erbenden Miterben stattfinden, sofern der Erbteil im Verhältnisse zu den Anteilen der andern Miterben und im Verhältnisse zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbständiges Vermögen bildet. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen.[4]) Die der Pfändung entzogenen Sachen fallen auch hier nicht in die Masse.[5])

Voraussetzung des Nachlasskonkurses ist hiernach, dass den Gläubigern nur der Nachlass, nicht auch der Erbe für ihre Forderungen haftet, indem ein solcher entweder ganz fehlt oder die Gläubiger doch auf den Nachlass verweisen kann. Hat der Erbe die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars angenommen, oder haftet er den Gläubigern persönlich, weil er es unterliess, in gehöriger Form und Frist auf die Erbschaft zu verzichten, oder weil er sich in die Erbschaft eingemischt hat, so ist ein Kv. über den Nachlass ausgeschlossen. Hat von mehreren Erben ein Teil nicht die Eigenschaft von Benefizialerben, so können gleichwohl die übrigen Erben die K.-E. über den Nachlass verlangen; die Wirkung der Thatsache, dass ein Teil der Erben die Rechtswohlthat nicht geniesst, kann nicht in der Verhinderung des Kv. sondern nur darin bestehen, dass die letzteren Erben nach Beendigung des Kv. von den Nachlassgläubigern für den Ausfall in Anspruch genommen werden können, soferne nicht ein Zw.-V. zu Stande gekommen ist.[6]) Andernfalls haben die Gläubiger sich lediglich an den oder die Erben zu halten und es ist, falls ein Erbe zahlungsunfähig ist, über dessen Vermögen das Kv. zu eröffnen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass den Erbschaftsgläubigern gemäss § 43 ein Absonderungsrecht bezüglich der zu einem bestimmten Nachlasse gehörigen Gegenstände zusteht. Ist über das Vermögen einer Person das Kv. eröffnet worden, so bleibt dieses Verfahren, auch wenn der Gemeinschuldner stirbt, in Kraft und zwar auch dann, wenn ein Erbe die Erbschaft ohne Vorbehalt antritt. Ebenso wird der anhängige Nachlasskonkurs durch die Veränderung der Umstände nicht berührt. Ferner bleibt, falls dem Erben nach dem bürgerlichen Rechte eine Überlegungsfrist zusteht, das während derselben eröffnete Kv. auch dann anhängig, wenn der Erbe die Erbschaft unbedingt antritt oder die Überlegungsfrist unbenützt verstreichen

[1]) O.-L.-G. Köln 8. März 1884, rhein. Arch. Bd. 74 II. S. 102 ff.

[2]) R.-G. (V.) 13. Apr. 1887, Entsch. Bd. 18 S. 269 ff., bes. S. 272.

[3]) R.-G. a. a. O.

[4]) Endemann S. 638; Fitting § 56 Anm. 1; v. Sarwey S. 862 Nr. 4; Stieglitz S. 697, 698 Nr. II.; Willenbücher. S. 235 Nr. 3a; v. Wilmowski S. 492.

[5]) O.-L.-G. Breslau 10. Okt. 1889, Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 3 S. 193, 194 und Bresl. Anw.-Z. 1889 S. 72, 73.

[6]) R.-G. (IV.) 28. Jan. 1890, Entsch. Bd. 23 S. 34 ff., bes. S. 36.

lässt, und deshalb so behandelt wird, als habe er die Erbschaft unbedingt angetreten (Windscheid Bd. 3 § 598 Z. 2). Das Kv. kann nicht von selbst in Wegfall kommen. Vielmehr ist es Sache des Erben, dessen Aufhebung oder Einstellung herbeizuführen. In solchen Fällen bleibt das Verfahren auf den Nachlass beschränkt, weil für den Umfang der Masse der Zeitpunkt der K.-E. maassgebend ist (§ 1). Wer die Verpflichtungen zu erfüllen hat, welche nach der K.-O. dem Gemeinschuldner obliegen, ist hier nicht bestimmt, kann aber auch nicht nach bürgerlichem Rechte beurteilt werden (§ 4 E.-G.). Als Gemeinschuldner wird hier der Erbe zu behandeln sein, weil die Masse nachträglich sein Vermögen geworden ist. Insbesondere muss dies in Ansehung der §§ 188 und 192 gelten. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts vgl. Petersen C.-P.-O. Bem. I. 1 zu § 28.

2. *Voraussetzungen der Konkurseröffnung.* (§§ 203 und 204.)

Da bei dem Kv. über einen Nachlass nicht wie bei andern Konkursen eine physische oder juristische Person vorhanden ist, „welche als bleibender Herr eines nach Wert und Umfang veränderlichen Vermögens mit diesem in die Wechselfälle des Verkehrs tritt" (M. S. 452, 453), wurde hier von dem Erfordernisse der Zahlungsunfähigkeit abgesehen. Damit das Kv. über den Nachlass eröffnet werden kann, wird vielmehr der Nachweis verlangt, dass dieser überschuldet sei. Mag es sich um eine erblose Verlassenschaft handeln, oder mag der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht haben: immer haben die Gläubiger lediglich aus einem von der Person ihres Schuldners losgetrennten Vermögensinbegriff, dessen Schicksal abgeschlossen ist, ihre Befriedigung zu suchen. Für die Frage, ob das Kv. zu eröffnen sei, kann also nur die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Nachlasses entscheidend sein. Im erstern Falle fehlt für die Gläubiger das rechtliche Interesse an einem Kv.; die gewöhnlichen prozessualen Mittel genügen, ihnen durch den Erben oder Nachlassvertreter zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Reicht dagegen der Nachlass zur Deckung der Schulden nicht aus, so macht sich den Erben gegenüber der auch dem Absonderungsrechte der Gläubiger zu Grunde liegende Satz geltend: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno." Der Nachlass wird für den Erben thatsächlich seinem ganzen Umfange nach zu einer fremden Sache; er hat kein Recht, mit ihm fortzuwirtschaften und ihn zum Gegenstande seiner Spekulationen zu machen. Die Gläubiger sind es in Wirklichkeit allein, welchen der Nachlass zukommt, da er ausschliesslich die Bestimmung hat, zu ihrer gemeinschaftlichen und gleichmässigen Verwendung zu dienen. § 203 kommt auch dann zur Anwendung, wenn es sich um den Nachlass eines Kaufmannes handelt und dieser schon bei Lebzeiten seine Zahlungen eingestellt hat. Eine Vorschrift, welche mit Rücksicht auf die bereits erfolgte Zahlungseinstellung die nachträgliche K.-E. gestattet (Art. 437 des franz. Fallimentsges. und § 114 pr. K.-O.), wurde nach dem Systeme der K.-O. für ungerechtfertigt gehalten. Hieraus folgt jedoch nicht, dass für den Konkurs über einen Nachlass die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers vollständig bedeutungslos sei. Formell wird sie immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Unzulänglichkeit des Nachlasses abgeben und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letztern zur K.-E. kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder dem Erben vorgenommenen Rechtshandlungen (§ 33) ihre volle Wirkung.[1]) Ebenso kommt für das Verbot der Forderungsübertragung (§ 42) und die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis (§§ 48, 49) die Zahlungseinstellung des Erblassers oder diejenige des Erben in Betracht, je nachdem sie bei Lebzeiten des Erblassers oder nach Einmischung des Erben in die Erbschaft erfolgt ist.[2]) Die Feststellung der Überschuldung begegnet hier nicht denselben Schwierigkeiten,

[1]) R.-G. (IV.) 28. Jan. 1890, Entsch. Bd. 25 S. 34 ff.; O.-L.-G. Rostock 1. Juli 1887, Meckl. Z. Bd. 9 S. 1 ff.

[2]) R.-G. (V.) 31. Jan. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 482, Gruchot, Bd. 29 S. 423, 424, Jur. Woch. 1885 S. 92, 93.

wie bei dem Vermögen eines Lebenden und ist vielfach erleichtert durch die ohnedies gebotene Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses. Deren weitere Erleichterung durch gesetzliche Fiktionen und Vermutungen (§§ 323, 357 pr. K.-O.) wurde mit Rücksicht auf die Aufhebung der Beweisregeln (§ 259 C.-P.-O.) für überflüssig gehalten. Ist die Überschuldung des Nachlasses nachgewiesen, so kann die K.-E. auch dann erfolgen, wenn dem Erben nach dem geltenden Rechte noch die gesetzliche Überlegungsfrist zu statten kommt. Eine Vorschrift, wie sie § 324 pr. K.-O. für den gemeinen Konkurs enthielt, wurde in den Mot. (S. 455 ff.) für ungerechtfertigt erklärt, da der Erbe durch die K.-E. nicht zu Verfügungen über den Nachlass gedrängt werde, welche sein Recht auf Erbschaftsentsagung oder auf die Rechtswohlthat des Inventars gefährden oder wenigstens seine persönliche Verantwortlichkeit durch Verletzung der Prioritätsordnung begründen könnten, auch die Vertretung des Nachlasses in dem Eröffnungsverfahren eine für den Erben nachteilige „pro herede gestio“ oder „immixtio“ unzweifelhaft nicht darstelle. Bezüglich des Beschwerderechtes des Testamentsvollstreckers vgl. Bem. 1 zu § 101 S. 374 Anm. 2.

3. Berechtigung zum Antrage. Zwangsvergleich. (§§ 205, 206.)

Aus der Selbständigkeit des Nachlasses und des Nachlasskonkurses ergiebt sich, dass das Recht auf K.-E. von dem in § 43 bestimmten Absonderungsrechte unabhängig ist. Auch Nachlassgläubiger, welche ein Absonderungsrecht nicht würden geltend machen können, sind daher befugt, die K.-E. zu beantragen, wenn sie ihre Forderung und die Überschuldung des Nachlasses glaubhaft machen. An Stelle des Erblassers sind die Erben oder die nach Landesrecht zur Vertretung des Nachlasses befugten Personen (Nachlasskuratoren und Testamentsvollstrecker) gemäss § 97 u. s. w. zu hören. Als Erben können nur solche Personen gelten, welche nach dem bürgerlichen Rechte die Erbschaft erworben haben, sei es, dass hierzu eine Erbschaftsantretung nicht erforderlich, sei es, dass diese erfolgt ist. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass dem Erben die Rechtswohlthat des Inventars zur Seite steht, weil sonst die Voraussetzungen zu einem Nachlasskonkurse nicht vorliegen. Jedem derartigen Erben sowie jedem Nachlassvertreter und Nachlassgläubiger steht das Recht zu, die K.-E. über den Nachlass zu beantragen. Soweit die Eigenschaft als Erbe durch vorausgegangene Erbschaftsantretung bedingt ist, kann eine zur Erbschaft berufene Person erst dann als antragsberechtigt gelten, wenn sie die Erbschaft (mit der Rechtswohlthat des Inventars) angetreten hat.[1]) Geht der Antrag nicht von allen Berechtigten gemeinschaftlich aus, so hat ebenso wie nach §§ 194, 195, 199 die Glaubhaftmachung der Überschuldung und die Anhörung der übrigen Erben oder Vertreter zu erfolgen. Den Vermächtnisnehmern steht das Recht, die K.-E. zu beantragen, nicht zu. Vielmehr haben sie nur unter den im § 43 angegebenen Voraussetzungen einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung.[2]) Als K.-Gl. sind im Nachlasskonkurse diejenigen Gläubiger anzusehen, welchen eine persönliche Forderung gegen den Erblasser selbst zustand oder zu deren Gunsten vor der K.-E. eine aus dem Nachlasse zu befriedigende Forderung (z. B. wegen Bereicherung oder nützlicher Verwendung) entstanden ist. Die Forderung der Staatskasse hinsichtlich der Sterbfallgebühren (Erbschaftssteuern) kann nicht im Nachlasskonkurse geltend gemacht werden, weil derartige Forderungen lediglich gegen die Erben gerichtet sind (Bem. III. 1 zu § 2 S. 19 Anm. 1 und Bem. III. 2 zu § 54). Wie zu verfahren ist, wenn sich die Überschuldung eines erbenlosen Nachlasses herausstellt, die K.-E. aber nicht beantragt wird, richtet sich nach den Landesgesetzen. Eine K.-E. kann nach § 95 von Amts wegen nicht erfolgen.[3])

[1]) Endemann S. 639; Fitting § 56 Anm. 9; Hullmann S. 353 Nr. 4; Stieglitz S. 700; Willenbücher S. 235 Nr. 5a. A. M.: v. Sarwey S. 865 Nr. 1; Wengler S. 686.

[2]) Endemann S. 640 und die Kommentare.

[3]) Wegen Württemberg vgl. Württ. Jahrb. Bd. 1 S. 93 ff.

Dass der Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden kann, hat in der Gemeinschaftlichkeit ihrer Befugnisse über den Nachlass seinen Grund. § 206 findet übrigens auch dann Anwendung, wenn der Gemeinschuldner während des schwebenden Kv. gestorben ist.[1]) Welche Rechte den einzelnen Erben oder Vertretern bezüglich der dem Gemeinschuldner nach der K.-O. zukommenden Befugnisse zustehen, ist nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen. In der Regel wird deren gemeinschaftliches Handeln erforderlich sein, damit eine Rechtshandlung als wirksam anzusehen ist. Was die dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeiten anbelangt, so sind sie auch hier von den Erben bezw. Nachlassvertretern zu erfüllen. Insbesondere ist jeder Erbe oder Vertreter zur Auskunftserteilung und Leistung des Offenbarungseides verpflichtet und darf deshalb seinen Wohnort nicht ohne die Erlaubnis des Gerichtes verlassen (Bem. 4 zu §§ 193 ff.).[2]) Bezüglich der Fälle, in welchen der Zw.-V. ausgeschlossen ist, vgl. Bem. 1 zu § 162.

§ 207.

Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung des Bundesrates durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden.

§ 208.

Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, findet statt, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden.

Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutzniesser oder Pächter bewirtschaftet.

Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirke die Niederlassung oder das Gut sich befindet.

[1]) Endemann S. 640; v. Sarwey S. 866 Nr. 2.

[2]) Fitting § 56 Anm. 12; Hullmann S. 353; Stieglitz S. 701; Willenbücher S. 235 Nr. 6b; v. Wilmowski Nr. 2 zu § 205. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 711, der die erwähnten Verpflichtungen nur insoweit anerkennt, als sie nicht auf der K.-O., sondern auf dem bürgerlichen Rechte beruhen.

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

(E. §§ 207, 208; M. S. 456—459; K. S. 125, 196—200; pr. K.-O. §§ 292 bis 296.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Das Verhältnis eines im Auslande schwebenden Kv. zu dem im Inlande befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners ist im allgemeinen nach dem „internationalen Privatrecht" zu beurteilen. In diesem hat das in der bayer. P.-O. (Art. 1174) noch festgehaltene Territorialprinzip immer mehr Boden verloren und der Grundsatz Anerkennung gefunden, dass zwischen ausländischen und inländischen Gläubigern ein Unterschied nicht bestehe, sowie dass das in einem Staate eröffnete Kv. seine Wirkung auch auf dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners äussere, welches sich in einem andern Staate befindet.[1]) Diese Auffassung ergiebt sich aus der Einheitlichkeit des Vermögens, das, gleichviel wo sich seine einzelnen Bestandteile befinden, zur Befriedigung aller Gläubiger dienen soll und aus der Natur des Kv., das den Zweck hat, eine geordnete und möglichst gleichmässige Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen. Nimmt man an, dass dieses Verfahren eine Art von Zwangsvollstreckung sei, so gelangt man allerdings leichter zum Territorialprinzip. Aber diese Auffassung ist nicht zutreffend. Das Kv. ist überhaupt keine Zwangsvollstreckung (Bem. I. zu § 5 S. 29, 30) und die Aufgabe des K.-V. grundsätzlich auch nicht darauf beschränkt, das im Inland befindliche Vermögen zur Befriedigung der K.-Gl. zu verwenden, sonach z. B. auf die Einziehung von Forderungen, deren Schuldner im Auslande wohnen, zu verzichten. Die dargelegte Auffassung liegt auch dem § 4 Abs. 1 zu Grunde und wird grundsätzlich von der K.-O. nach allen Richtungen festgehalten. Demgemäss ist eine Befugnis ausländischer K.-V., im Inlande befindliches Vermögen zur Masse zu ziehen, nicht beseitigt und dessen Auslieferung seitens inländischer Behörden nicht beschränkt worden. Hiernach hat der ausländische K.-V. ein rechtliches Interesse daran, dass die im Inlande befindlichen Vermögensstücke des Gemeinschuldners nicht zugunsten unbegründeter Ansprüche einer Zwangsvollstreckung unterliegen, und ist deshalb in inländischen Prozessen, welche solches Vermögen betreffen, als Nebenintervenient zuzulassen.[2]) Ferner müssen sich, wenn im Auslande das Kv. eingeleitet wird, die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, vor Gericht aufzutreten, die Legitimation des K.-V., der Umfang seiner Thätigkeit, die Anmelde- und Ausschlussfristen, der Rang der Forderungen, die Fragen, unter welchen materiellen Voraussetzungen und Formen das Kv. zu eröffnen und zu beendigen ist, welchen Einfluss die K.-E. auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ausübt, endlich die Zulässigkeit des Zw.-V. und seine Wirkungen nach dem Rechte des Konkursgerichtes bestimmen.[3]) Auf die nach ausländischem Rechte eintretenden Wirkungen des Zwangsvergleichs kann sich der Schuldner jedoch nur vor den Gerichten des Landes berufen, in welchem das Kv. anhängig war; selbst wenn der Sitz der Forderung

[1]) Für das Territorialprinzip Kohler S. 603 ff.

[2]) R.-O.-H.-G. 28. Febr. 1871, Entsch. Bd. 2 S. 68; O.-L.-G. Dresden 17. Mai 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. 10 S. 453 ff. u. Böhms Z. Bd. 1 S. 214; v. Bar Bd. 2 S. 566.

[3]) V. hierzu besonders: Savigny, System Bd. 8 S. 286 ff.; v. Bar Bd. 2 S. 562 ff.; Böhm F., räuml. Herrschaft d. Rechtsnormen S. 30 und 199 ff., bes. 205; Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 148 ff.; Heck in Goldschmidts Z. Bd. 38 S. 317 ff.; Story, commentaries on the conflicts of laws etc § 335, 338 ff., 408; Foelix, traité du droit international Bd. 1 Nr. 119, Bd. 2 Nr. 308, 468, 538; rhein. Arch. Bd. 57 II. A. S. 79, Bd. 58 II. A. S. 198; pr. Obertrib., Entsch. Bd. 9 S. 477, Bd. 47, S. 396; Striethorst Bd. 26 S. 132, 233, Bd. 29 S. 94; Entsch. d. R.-O.-H.-G. Bd. 2 S. 67, Bd. 3 S. 68, Bd. 7 S. 24, Bd. 9 S. 7; belg. Kass.-Hof 23. Mai 1889, Puchelts Z. Bd. 21 S. 3.

im Lande des Kv. ist, darf das deutsche Gericht auf jenen Zw.-V. keine Rücksicht nehmen, weil durch die im Auslande erfolgte K.-E. die selbständige Verfolgung von Ansprüchen im Inlande nicht ausgeschlossen wird (§ 207). Auf den ausländischen Zw.-V. müsste der deutsche Richter nur dann Rücksicht nehmen, wenn der Gläubiger seine Forderung auch für diesen Fall ausdrücklich dem fremden Recht unterworfen hätte; dagegen genügt es nicht, dass der Erfüllungsort im Auslande liegt, weil daraus die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts nur für den Fall vertragsmässiger Erfüllung abgeleitet werden kann.[1]) Nur bei dinglichen Rechten an den im Inlande befindlichen Vermögensstücken richtet sich die Verfolgung nach dem Rechte des Orts der belegenen Sache. Wegen persönlicher Forderungen haben die inländischen Gläubiger des Ausländers ihre Befriedigung regelmässig bei dem Konkursgerichte des Auslandes nach dem dortigen Rechte zu suchen; inländisches Vermögen muss, falls der ausländische Konkurs das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasst, zur ausländischen Masse gezogen werden. Das gleiche gilt natürlich von den ausländischen Gläubigern und dem ausländischen Vermögen eines Inländers, jedoch immer vorbehaltlich des Vergeltungsrechts, wenn diese Grundsätze im Auslande nicht anerkannt werden. Das Vergeltungsrecht ist vermöge seiner politischen Natur nicht geeignet, den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu beseitigen.

II. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung.

1) § 207 enthält eine Beschränkung des in Bem. I. erörterten Grundsatzes, insofern die Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen eines Gemeinschuldners ungeachtet des im Auslande eröffneten Kv. auch dann unbedingt zulässig ist, wenn das ausländische Recht die Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger (ebenso wie § 11 der K.-O.) untersagt.[2]) Diese Beschränkung hat in § 24 C.-P.-O. ihren Grund. Der hier gegen Ausländer zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens ist zwar nach der herrschenden Meinung unabhängig davon, dass das Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt.[3]) Aber er soll doch die Gläubiger vorzugsweise dadurch schützen, dass die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können. Die K.-O. verneint die in der C.-P.-O. offen gelassene Frage, ob ein ausländischer Konkurs die im Inlande betriebene Zwangsvollstreckung hindern oder entkräften soll, und bestätigt insoweit das zumeist geltende Recht. Abs. 2 giebt jedoch die Handhabe, von der Regel des § 207 Abs. 1 einzelnen Staaten gegenüber Ausnahmen zu treffen. Ein Antrag, den § 207 zu streichen, weil der internationale Standpunkt darin nicht genügend gewahrt werde, wurde von der Reichstagskommission (K. S. 196—200) abgelehnt. Bei der Beratung erklärte aber H a g e n s, dass der Entwurf die volle Wirkung des ausländischen Kv. im Grundsatze anerkenne und nur die Möglichkeit wahren wolle, bestimmten Staaten gegenüber namentlich im Falle mangelnder Gegenseitigkeit diese Wirksamkeit zu beschränken. Dass die Zwangsvollstreckung im § nicht als Ausnahme zugelassen, sondern deren Zulässigkeit als Regel aufgestellt worden ist, wurde damit gerechtfertigt, dass dieser Weg politisch vorzuziehen sei. „Durch Anwendung einer allgemeinen Regel könne sich kein Staat verletzt fühlen; die Anwendung der zugelassenen Ausnahme erscheine als Akt der Komität und sichere die Gegenseitigkeit. Bei der umgekehrten Regel aber ausnahmsweise einem Staate zu sagen, dass man gerade ihm nicht traue, habe etwas sehr Missliches“ (K. S. 197, 198). Während

[1]) R.-G. (II.) 20. März 1888, (I.) 18. Mai 1889, Entsch. Bd. 21 S. 7 ff., Bd. 24 S. 383 ff., bes. S. 388 ff.; Kohler S. 636 ff. A. M.: Scherer, rhein. R. Bd. 2 S. 148 ff.

[2]) V. dag. Kohler a. a. O., bes. S. 623 ff.

[3]) R.-G. (II.) 29. April 1881, (III.) 28. März 1882, (I.) 26. Mai 1886, Entsch. Bd. 4 S. 408, Bd. 6 S. 403, Bd. 16 S. 392; Förster C.-P.-O. Bd. 1 S. 38; Gaupp, C.-P.-O. (II. Aufl.) Bd. 1 S. 58 Bem. 1c; Hellmann, Lehrb. S. 110; Struckmann-Koch § 24 Nr. 3; Wilmowski-Levy § 24 Nr. 3; Wach, Handb. Bd. 1 S. 420. A. M.: v. Planck, Lehrb. S. 63; L. Seuffert, C.-P.-O. § 24 Nr. 4.

die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung formell als Regel aufgestellt wurde, ist hiernach der Zustand, in welchem sie durch Staatsverträge oder besondere Anordnungen gegenseitig ausgeschlossen und den inländischen wie den ausländischen Konkursen auch in dieser Richtung volle Wirksamkeit zugestanden wird, als der wünschenswerte und regelmässig anzustrebende betrachtet worden. Die Thätigkeit des Reichskanzlers und Bundesrates ist hierbei nicht so gedacht, dass in einzelnen Fällen eingegriffen und die Zwangsvollstreckung untersagt, sondern derart, dass bestimmten, der Forderung der Gegenseitigkeit entsprechenden, Staaten gegenüber die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt ausgeschlossen wird. Dass zum Zwecke der Vergeltung die Wirkung des ausländischen Kv. in Ansehung des im Inlande befindlichen Vermögens noch mehr eingeschränkt z. B. die Aushändigung des zur Masse gehörigen Vermögens unbedingt verboten oder unter Zurücksetzung der ausländischen Gläubiger ein selbständiges Kv. im Inlande eröffnet werde, gestattet § 207 Abs. 2 nicht. Er lässt seinem Wortlaute nach nur Ausnahmen von der im Abs. 1 enthaltenen besondern Bestimmung sonach Durchführung des allgemeinen Grundsatzes zu, von welchem Abs. 1 selbst eine Ausnahme bildet. Diese Auffassung, welche in den Mot. (a. a. O.) gleichfalls Ausdruck gefunden hat, entspricht auch allein der oben dargelegten Absicht, entgegenkommendes Verhalten anderer Staaten zu erwidern und nur im allgemeinen die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zu gestatten.[1])

2) Durch den § wird an sich nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer K.-V. die zur Masse gehörigen, in Deutschland befindlichen, Vermögensteile in das Ausland bringt. Auch kann dieser, wenn ein solcher Gegenstand widerrechtlich zurückgehalten wird, die Hilfe der deutschen Gerichte in Anspruch nehmen. Die Wirksamkeit des ausländischen Kv. ist bloss nach einer bestimmten Richtung hin beschränkt. Falls nicht eine gemäss Abs. 2 erlassene Anordnung im Wege steht, können die Gläubiger des Gemeinschuldners aber den Weg der Zwangsvollstreckung betreten und alle aus dieser abzuleitenden Rechte in derselben Weise geltend machen, als ob die K.-E. nicht erfolgt wäre. Insbesondere können sie das in den §§ 709 und 810 C.-P.-O. vorgesehene Pfändungspfandrecht erwerben. Der K.-V. kann ihnen nicht entgegenhalten, dass eine Zwangsvollstreckung nach dem am Orte des Konkursgerichtes geltenden Rechte unstatthaft sei. Von dieser Befugnis können auch ausländische Gläubiger Gebrauch machen. Ebenso kommt nichts darauf an, ob der Gemeinschuldner selbst, über dessen Vermögen im Auslande Konkurs eröffnet wurde, Ausländer oder Deutscher ist.[2])

3) Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist im Gesetze nicht auf solche Vollstreckungstitel beschränkt, welche schon zur Zeit der K.-E. vorhanden waren.[3]) Auch sind die Gläubiger, ungeachtet des im Auslande eröffneten Kv. befugt, sich auf dem Wege des Mahnverfahrens oder der Klage solche Titel zu verschaffen. Als zweifelhaft kann es nur erscheinen, ob die Klage gegen den Gemeinschuldner selbst oder, mit Rücksicht auf dessen durch das Kv. bewirkte, nach dem Rechte des Wohnortes zu beurteilende, Verfügungsunfähigkeit, gegen den ausländischen K.-V. zu richten ist. Im allgemeinen gilt nun zwar der Grundsatz, dass das im Auslande eröffnete Kv. seine Wirkungen auch im Inlande äussert. Verfügungen, welche der Gemeinschuldner in Beziehung auf die im Auslande befindliche Masse trifft, sind deshalb bezüglich ihrer Gültigkeit nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen (Bem. I). Aus § 207 muss aber gefolgert werden, dass das im Inlande befindliche Vermögen, soweit die zwangsweise Befriedigung daraus in Frage steht, nicht als Bestandteil der Masse angesehen und behandelt werden darf, sonach auch in dieser Beziehung die Prozessfähigkeit des Schuldners durch die ausländische K.-E. nicht berührt wird. Wie die

[1]) Fitting § 57 Anm. 14. A. M.: Stieglitz S. 705 Nr. II. 3 und v. Völderndorff Bd. 2 S. 717.

[2]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 715, 716; Willenbücher S. 236 Nr. 2; v. Wilmowski S. 496 a. E. Nr. 2 zu § 207.

[3]) O.-L.-G. Köln 14. Juli 1884 und R.-G. (II.) 13. Jan. 1885, rhein. Arch. Bd. 75 II. S. 164; R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 401 ff.

Zwangsvollstreckung selbst, so darf auch die gerichtliche Verfolgung, insbesondere die auf Erlangung eines Vollstreckungstitels gerichtete Klage gegen den Gemeinschuldner selbst angestellt werden.[1]) Dieselben Gründe führen zu der Annahme, dass ein bereits anhängiger Prozess, sofern und solange sich Vermögen des Schuldners im Inlande befindet, durch die im Auslande erfolgte K.-E. nicht (gemäss § 218 C.-P.-O.) unterbrochen wird.[2]) Auf blosse Feststellungsklagen erstreckt sich die Befugnis, den Gemeinschuldner selbst zu verklagen, nicht, weil nur für die Erlangung eines Vollstreckungstitels bezw. für den Zugriff auf das im Inlande befindliche Vermögen die Prozessfähigkeit des Schuldners aus § 207 abgeleitet werden kann.[3]) Auch steht dem Schuldner nicht das Recht zu, durch Widerklage Ansprüche zu erheben, welche sich auf das im Auslande befindliche Vermögen beziehen und als Bestandteil der Masse anzusehen sind.[4]) Wenn der ausländische K.-V. die Zulässigkeit der Befriedigung aus dem inländischen Vermögen bestreitet und dessen Widerspruch beseitigt werden soll, ist auch die im Inlande zu erhebende Klage gegen diesen Verwalter, nicht gegen den Gemeinschuldner zu richten.[5]) Ist über das Vermögen einer im Auslande bestehenden Handelsgesellschaft oder Genossenschaft das Kv. eröffnet und dadurch deren Auflösung herbeigeführt worden, so kann zwar im Inlande gegen die Gesellschaft bezw. Genossenschaft Klage erhoben werden; da aber die im Auslande durch das Kv. herbeigeführten Veränderungen in der Organisation der Gesellschaft ihre Wirkung auch auf Deutschland erstrecken, darf die Klage nicht gegen die frühern, durch das Kv. beseitigten Organe gerichtet werden. Vielmehr ist der K.-V., wenn er nach dem Rechte des Landes die Gesellschaft in allen Prozessen vertritt, auch in Deutschland als deren Vertreter zu behandeln, die Klage sonach gegen ihn zu richten.[6]) Bei allen Klagen gegen den Schuldner selbst ist, da die im Inlande befindlichen Gegenstände nach deutschem Rechte als Bestandteile von dessen Vermögen behandelt werden, der Gerichtsstand des § 24 auch dann begründet, wenn nach ausländischem Rechte das Kv. einen Übergang der Masse auf die Gläubiger zur Folge haben sollte. Diese Rechtsnachfolge hat nach § 207 für das im Inlande gelegene Vermögen keine Bedeutung.[7]) Das gegen den Gemeinschuldner erwirkte inländische Urteil kann natürlich nur im Inlande, nicht im Auslande (gegen die Masse) vollstreckt werden. Eine ausdrückliche Beschränkung der Wirkungen auf die im Inlande vorzunehmende Zwangsvollstreckung ist ebenso überflüssig wie bei andern Urteilen, deren Vollstreckbarkeit sich nicht auf das Ausland erstreckt.[8]) Soweit der Gemeinschuldner im Inlande als prozessfähig anzusehen ist, richten sich seine prozessualischen Rechte und Verpflichtungen in dem in Deutschland geführten Prozesse nach der deutschen C.-P.-O. Insbesondere ist die Wirkung von Anerkenntnissen, Geständnissen, Eideszuschiebungen und Vergleichen hiernach zu beurteilen. Dagegen ist im übrigen, insbesondere soweit es sich um die Gültigkeit von Veräusserungen und anderen vertragsmässigen Verfügungen handelt, die Verfügungsfähigkeit nach dem Rechte des Wohnortes zu beurteilen.[9]) Auch bezüglich der

[1]) v. Sarwey S. 870 Nr. 4; Schmidt in Buschs Z. Bd. 6 S. 1 ff., bes. 22 ff.; v. Wilmowski S. 496, 497 Nr. 2 zu § 207; R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 401 ff.; (I.) 11. Dez. 1884, Jur. Woch. 1885 S. 212 und Bolze Bd. 1 Nr. 40, (I.) 21. Jan. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 412 ff.; O.-L.-G. Hamburg 24. Juni 1884, Hans. Gerichtsz. (Hauptbl.) Bd. 5 S. 181. A. M.: v. Völderndorff Bd. 2 S. 713 Anm. 4; Willenbücher S. 237, 238 Nr. 5.

[2]) R.-G. (I.) 28. Sept. 1885, Entsch. Bd. 16 S. 338.

[3]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 a. a. O.

[4]) R.-G. (I.) 28. Sept. 1885 a. a. O. S. 339.

[5]) Schmidt a. a. O. S. 25; v. Wilmowski S. 497 Nr. 2 zu § 207.

[6]) R.-G. (I.) 21. Jan. und 28. Sept. 1885, Entsch. Bd. 14 S. 412 ff., Bd. 16 S. 338. A. M.: Gierke, Genossenschaftstheorie S. 903 Anm. 1.

[7]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 und 21. Jan. 1885, Jur. Woch. 1885 S. 212 und Bolze Bd. 1 Nr. 40, Entsch. Bd. 14 S. 412 ff.

[8]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 a. a. O. S. 403, 404. A. M.: Schmidt in Buschs Z. Bd. 6 S. 28.

[9]) R.-G. (I.) 10. Dez. 1880, Juristenzeit. Bd. 5 S. 301 ff.

Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen gilt das Recht des Ortes, an dem das Kv. eröffnet worden ist, bezw. der Schuldner seinen Wohnsitz hat (Bem. II. zu § 22).[1])

4) Sofern zur Zeit der ausländischen K.-E. in Deutschland bereits ein Akt der Zwangsvollstreckung stattgefunden hat, übt er dem ausländischen K.-V. gegenüber die nämliche Wirkung, wie wenn die Vollstreckung erst nach der K.-E. erfolgt wäre. Der pfändende Gläubiger braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass die gepfändeten Gegenstände in das Ausland verbracht werden und andere Pfand- und Vorzugsberechtigte können ihre Rechte bei Verteilung des Erlöses gemäss § 710 C.-P.-O. geltend machen. Nur derjenige Teil des Erlöses, der bei der Verteilung übrig bleibt, kann zur ausländischen Masse gezogen werden. Solange eine Zwangsvollstreckung im Inlande nicht stattgefunden hat, ist dagegen der ausländische K.-V. berechtigt, die zur Masse gehörigen Gegenstände zu veräussern oder in das Ausland zu verbringen. Wollen die Gläubiger sich hiergegen sichern, so können sie dies durch Erwirkung eines Arrestes thun.[2]) Die blosse Erklärung des K.-V., dass er die im Inlande befindlichen Gegenstände zur Masse ziehen wolle, hindert die Gläubiger nicht, diese mit Arrest belegen oder pfänden zu lassen. Auch erwirbt der K.-V. dadurch ein Widerspruchsrecht nicht.[3]) Im allgemeinen wird der ausländische K.-V. die zur Masse gehörigen Gegenstände nur dadurch dem Zugriffe der Gläubiger entziehen können, dass er sie in das Ausland verbringt oder veräussert. Eine Pfändung kann er weder bezüglich der beweglichen Sachen noch in Ansehung der Forderungen vornehmen. Deshalb ist auch die Anwendung des § 744 C.-P.-O. ausgeschlossen. Ob eine Forderung zu den im Inlande befindlichen Vermögensgegenständen gehört, richtet sich nach dem am Wohnorte des Drittschuldners geltenden Rechte (§ 24 C.-P.-O.); ob der ausländische K.-V. durch Erwirkung eines Sperrvermerkes die Zwangsvollstreckung verhindern kann, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen (§ 755 C.-P.-O.). Im Zweifel wird er hierzu nicht berechtigt sein. Auf im Inlande befindliche Vermögensstücke (besonders Forderungen), welche der ausländische K.-V. zugunsten der Masse erworben haben sollte, kann § 207 keine Anwendung finden. Mit dem Wortlaute dieses § liesse sich zwar die entgegengesetzte Auffassung allenfalls vereinigen. Die zum Schutze der inländischen Gläubiger getroffene Ausnahmebestimmung darf aber nicht über ihren Zweck hinaus in der Weise ausgedehnt werden, dass diesen Gläubigern ein Vorteil zugewendet wird, der ihnen ohne die K.-E. versagt bliebe. Durch § 207 sollen nur diejenigen Gegenstände in Beziehung auf die Zwangsvollstreckung von der ausländischen Masse losgelöst werden, welche der Gemeinschuldner zur Zeit der K.-E. im Inlande besessen hat.[4])

III. Konkursverfahren bezüglich der im Inlande befindlichen Niederlassungen.

1) Die Vorschrift des § 208 entspricht dem § 292 pr. K.-O. Die K.-E. im Inlande ist jedoch nicht bloss dann gestattet, wenn für den Schuldner, der im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier eine Handelsniederlassung besteht, sondern es sind auch die Fälle berücksichtigt, in welchen er hier eine Geschäftsniederlassung anderer Art besitzt, oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut bewirtschaftet. Sollten im Inlande mehrere Niederlassungen bestehen, so könnte deshalb hier doch nur ein Kv. eröffnet werden.[5]) Als Pächter im Sinne des Gesetzes muss mit Rücksicht auf seinen Zweck auch der Afterpächter angesehen werden. Hier wie bei § 22 Abs. 2 C.-P.-O. (Komm. von Petersen Bem. III. 2 zu diesem §) kann es nur darauf ankommen, ob jemand das Gut

[1]) R.-G. (II.) 6. Juli 1886, rhein. Arch. Bd. 77 III. S. 99.

[2]) Fitting § 57 Anm. 13; Stieglitz S. 704 Nr. II. 2; R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 401 ff., bes. S. 405 a. E. A. M.: Kohler S. 630 Anm. 3.

[3]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 715 Bem. I., ferner Anm. 11.

[4]) v. Wilmowski S. 472 Nr. 2; R.-G. (II.) 13. Jan. 1885, Jur. Woch. 1885 S. 93, Bolze Bd. 1 Nr. 2186, rhein. Arch. Bd. 75 III. S. 164; O.-L.-G. Köln 14. Juli 1884, rhein. Arch. a. a. O.

[5]) Kohler S. 633.

für eigene Rechnung bewirtschaftet.[1]) Vorausgesetzt wird übrigens, dass von der Niederlassung aus Geschäfte abgeschlossen werden, welche sich auf den in Frage stehenden Betrieb beziehen. Der Gemeinschulder muss nicht notwendig ein Ausländer sein. Vielmehr kann § 208 auch bezüglich eines **Inländers** zur Anwendung kommen, der im Auslande wohnt und deshalb im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§§ 13, 18 C.-P.-O.). Andererseits kommen die allgemeinen Vorschriften (§§ 64 ff.) auch dann zur Anwendung, wenn ein Ausländer im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand hat. Auch auf das im Inlande befindliche Vermögen eines solchen Schuldners, welcher zwar in einem Konsulargerichtsbezirke aber nicht im Deutschen Reiche den allgemeinen Gerichtsstand hat, muss § 208 nach seinem Wortlaute und Zwecke Anwendung finden.[2]) Bezüglich der Frage, wann ein allgemeiner Gerichtsstand vorliegt, vgl. §§ 13—19 C.-P.-O. (Bem. 1 zu § 64).

2) Auf das nach § 208 eröffnete Kv. findet im allgemeinen die K.-O. Anwendung. Diese hat zwar in § 22 C.-P.-O. ihre Grundlage. Das Kv. ist aber nicht auf die Forderungen beschränkt, welche den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder die Bewirtschaftung des Gutes betreffen, sondern auf alle Forderungen inländischer und ausländischer Gläubiger ausgedehnt worden. Deshalb können im Kv. über die Zweigniederlassung Forderungen angemeldet werden, welche aus einem mit der ausländischen Hauptniederlassung geschlossenen Geschäfte herrühren. Überhaupt wird nicht vorausgesetzt, dass zwischen dem anmeldenden Gläubiger und der inländischen Niederlassung eine Geschäftsverbindung bestand[3]) (Bem. II. 2 zu § 126 ff. betr. die Anmeldung durch einen ausländischen Fallimentssyndik). Dem entsprechend erstreckt sich das Kv. nicht bloss auf das Niederlassungs- oder Gutsvermögen, sondern auf alles Vermögen des Schuldners, welches sich im Inlande befindet. Für die Ausübung des Anfechtungsrechtes ergiebt sich daraus die Folgerung, dass es für die Anwendung des § 23 gleichgültig ist, ob die auf die Zahlungseinstellung bezüglichen Handlungen gerade bei der inländischen Zweigniederlassung erfolgten. Auch hier kommt es nur darauf an, ob und wann eine allgemeine Zahlungseinstellung erfolgt ist. Dafür kann aber das Verhalten des im Auslande befindlichen Gemeinschuldners bezw. der Hauptniederlassung, genügende Anhaltspunkte gewähren.[4]) Durch ein gemäss § 208 eröffnetes Kv., das sich nur durch seine Voraussetzungen von dem gewöhnlichen unterscheidet, ist die Wirksamkeit eines ausländischen Konkurses, soweit es sich um das Inland handelt, ausgeschlossen und wird dem ausländischen K.-V. die Befugnis entzogen, die im Inlande befindlichen Vermögensteile ins Ausland zu bringen. Auch kann nicht, wie im Falle des § 207, durch Anordnung des Reichskanzlers die Eröffnung des inländischen Kv. verhindert oder dessen Wirksamkeit beschränkt werden. Nur durch Staatsverträge, welche vom Deutschen Reiche abgeschlossen werden, und welchen die Kraft von Reichsges. zukommt, kann dem ausländischen Kv. eine grössere Bedeutung verschafft werden (§§ 4 ff. E.-G. Bem. I. 1).[5]) Soweit § 208 in Kraft bleibt und von ihm Gebrauch gemacht wird, hat die im Auslande erfolgte K.-E. für das inländische Kv. nur die Wirkung, dass ein weiterer Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nicht erfordert wird.

3) Auch ausser dem in § 208 vorausgesetzten Falle kann es vorkommen, dass über das Vermögen einer Person, welche im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier und im Auslande das Kv. eröffnet wird. Dann laufen die beiden Kv. nebeneinander her, ohne sich zu berühren. In jedem Staate wird das in dessen Gebiet befindliche Vermögen unter die Gläubiger verteilt. Jeder Gläubiger ist ohne Rücksicht auf das im Auslande eröffnete Kv. und die dort bewirkte Anmeldung seines Anspruches befugt, im Inlande seine

[1]) v. Völderndorff Bd. 2 S. 720 Anm. 11.
[2]) v. Wilmowski S. 499 Nr. 1 zu § 208.
[3]) R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, Jur. Woch. 1887 S. 475, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 12 S. 55; Kohler S. 633.
[4]) R.-G. (II.) 10. April 1888, Entsch. Bd. 21 S. 21 ff.; Kohler a. a. O.
[5]) A. M.: Kohler S. 625.

ganze Forderung geltend zu machen und muss sich auf diese nur das anrechnen lassen, was er im ausländischen Kv. erhalten hat. Insofern wird sich das Verfahren ähnlich gestalten, wie in dem Falle, in welchem mehrere Solidarschuldner in Konkurs geraten (§ 61). § 64 Abs. 2 hat für das Verhältnis zwischen inländischen und ausländischen Gerichten keine Geltung, da diese Vorschrift nur die Ausschliesslichkeit der Zuständigkeit eines einzigen deutschen Gerichts sichern und Streitigkeiten darüber unter inländischen Gerichten verhüten soll. Die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes schliesst diejenige der deutschen Gerichte nicht aus.[1])

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.[2])

(§§ 209—214).

Lit.: Die Kommentare zum St.-G.-B. von Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein, v. Schwarze; die Lehrbücher des deutschen Strafrechts von Berner (15. Aufl.) S. 589 ff.; Hälschner Bd. 2 S. 398 ff.; v. Liszt (4. Aufl.) S. 474 ff.; Merkel S. 331 ff.; Meyer (4. Aufl.) S. 733 ff.; ferner: Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch d. deutschen Strafrechts Bd. 3 S. 812 ff., Bd. 4 S. 450 ff.; Neumeyer, Karl, Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerutts unter besonders eingehender Untersuchung der Schuldfrage. 1891.

Vorbemerkungen.

I. Übersicht.

1) Das St.-G.-B. hatte zwar in §§ 281—283 Bestimmungen für den „Bankerutt" getroffen, aber die Materie nicht in erschöpfender Weise geregelt; vielmehr nur in Anlehnung an die Thatsache einer (kaufmännischen) Zahlungseinstellung einzelne, besonders gefährliche, Handlungen mit Strafe bedroht. Eine vollständige einheitliche Regelung erschien als unthunlich, solange ein gemeinsames Konkursrecht nicht bestand. Deshalb bestimmte § 2 Abs. 3 des E.-G. z. St.-G.-B.: „Bis zum Erlass eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das St.-G.-B. für das Deutsche Reich nichts bestimmt." Dieser Vorbehalt wurde durch die K.-O. erledigt. Daraus ergab sich aber die Notwendigkeit, das Landesstrafrecht zu beseitigen und das Reichsstrafrecht zu vervollständigen; denn den Bedürfnissen des Kv. wurde durch das St.-G.-B. nicht genügt. Zunächst waren verschiedene strafwürdige Handlungen überhaupt nicht mit Strafen bedroht; ferner war die Strafbarkeit des Bankerutts auf Kaufleute beschränkt, während die K.-O. sich auch auf Nichtkaufleute erstreckt; endlich fehlten Strafbestimmungen gegen solche Personen, welche zwar nicht selbst in Konkurs geraten sind, aber in ihrer Eigenschaft als Vertreter von Handelsgesellschaften sich Pflichtverletzungen zuschulden kommen liessen. Die Lücken der ersten Art führten zu einer Vermehrung der Strafdrohungen, die andern zu einer Erweiterung des Kreises der Personen, auf welche diese Bestimmungen Anwendung finden. Es wurden nicht bloss Kaufleute sondern auch Nichtkaufleute und ausser den Schuldnern selbst zugleich Vertreter von Handelsgesellschaften mit Strafe bedroht. Die vorgesehenen Strafdrohungen greifen übrigens ebenso wie früher die §§ 281—283 St.-G.-B.

[1]) Fitting § 57 Anm. 2; v. Sarwey S. 869 Nr. 3; Stieglitz S. 702 Nr. I.

[2]) Die zum III. Buche erwähnten Urt. des R.-G. sind, sofern nichts anderes bemerkt ist, von den Strafsen. ergangen; unter „Entsch." sind dann die Entsch. in Strafs. gemeint.

über das Gebiet des Konkursrechtes hinaus, da die Strafen auch dann eintreten, wenn zwar eine Zahlungseinstellung erfolgte, aber das Kv. nicht eröffnet wurde. Diejenige Zahlungsunfähigkeit dagegen, welche sich nicht in der Form der Zahlungseinstellung äussert, kommt für das Strafrecht nur dann in Betracht, wenn ihr die K.-E. nachgefolgt ist.

2) In den §§ 209, 210 wird der betrügliche und der einfache Bankerutt behandelt. § 211 bedroht dasjenige strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältnisse zu andern, welches durch die Vorschriften des St.-G.-B. über Betrug und Unterschlagung nicht in ausreichender Weise betroffen wird. § 212 soll das Publikum gegen Gefährdung durch Dritte schützen, während § 213 das unlautere Verhalten der Gläubiger im Kv. trifft. § 214 endlich schliesst sich den besonderen Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff.) an. Das Verhältnis dieser Strafdrohungen zueinander, insbesondere im Falle des Zusammentreffens mehrerer Thatbestände, kann nur im Anschlusse an die einzelnen Vorschriften erörtert werden (Bem. I. 5 zu § 209, 210, Bem. 4 zu § 211, Bem. 1 zu § 212). Die §§ 281—283 St.-G.-B. sind durch § 3 Abs. 2 Z. 3 des E.-G. z. K.-O. ausser Geltung gesetzt. Reichsgesetzliche, das Kv. betr. Strafdrohungen, welche nach Abs. 1 dieses § in Kraft bleiben, sind enthalten in § 249c. Z. 2, H.-G.-B. in der Fassung vom 18. Juli 1884 und in § 142 Abs. 1 Z. 2 des Reichsges. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

II. Verhältnis der Konkursordnung zum Landesstrafrechte.

Neben der K.-O. kommen strafrechtliche Bestimmungen der Landesgesetze nicht mehr in Betracht. In § 4 Abs. 2 E.-G. z. K.-O. ist zwar nur gesagt, dass die in den Landesgesetzen „hinsichtlich des Konkurses" enthaltenen Strafvorschriften aufgehoben seien. Es wurden also dadurch anscheinend die landesgesetzlichen Strafdrohungen nur insoweit beseitigt, als eine K.-E. stattgefunden hat. Die erwähnte Vorschrift, durch welche § 2 Abs. 1 E.-G. z. St.-G.-B. ersetzt werden sollte, muss aber so verstanden werden, dass dadurch alle landesgesetzlichen Strafdrohungen beseitigt werden, welche die in §§ 209—214 geregelte Materie betreffen. Wie durch § 2 Abs. 3 E.-G. z. St.-G.-B. alle landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben wurden, welche die in §§ 281—283 geordneten Fragen betrafen, so sollte nun § 4 Abs. 2 E.-G. z. K.-O. die Strafdrohungen beseitigen, welche sich auf die in der K.-O. geregelte Materie beziehen. Es kann deshalb umsoweniger ein Zweifel darüber bestehen, dass auch diejenigen Landesgesetze, welche nicht schon durch das E.-G. z. St.-G.-B. ihre Kraft verloren hatten, nun bedeutungslos geworden sind, als die K.-O. dasjenige „Reichsgesetz über den Konkurs" bildet, von dem in § 2 Abs. 3 E.-G. z. St.-G.-B. die Rede war und das die Materie in erschöpfender Weise regeln soll.[1]) Nur diejenigen Landesgesetze, welche die Nichtbefolgung der Bestimmungen über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechts unter Strafe stellen, sind durch § 5 Z. 2 E.-G. z. K.-O. aufrecht erhalten worden.

III. Der allgemeine Thatbestand.

1) Die Vorschriften im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuches finden überall Anwendung, wo durch besondere Reichsgesetze bestimmte Handlungen mit Strafe bedroht sind und nicht etwas anderes vorgeschrieben ist.[2]) Demnach sind die §§ 1—79 St.-G.-B. auch bezüglich der unter die §§ 209—214 fallenden strafbaren Handlungen maass-

[1]) Hälschner Bd. 2 S. 405; Merkel in v. Holtzendorff's Handb. Bd. 4 S. 450, 451; Oppenhoff S. 710; Rüdorff-Stenglein S. 86, 639—642; v. Völderndorff Bd. 3 S. 11; v. Wilmowski S. 500.

[2]) R.-G. (II.) 12. Nov. 1880, (I.) 27. Jan. 1881, Entsch. Bd. 2 S. 440, Bd. 4 S. 1 ff.; (II.) 15. Febr., (I.) 21. März 1881, Rechtspr. Bd. 3 S. 49, 153; (III.) 21. Dez. 1881, (II.) 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. 5 S. 276, 435; (IV.) 24. März 1885, Rechtspr. Bd. 7 S. 193 ff.; Oppenhoff S. 18 Nr. 1; Olshausen Nr. 17 zu § 2 E.-G.; v. Sarwey S. 874; Zadeck im Gerichtssaal Bd. 40 S. 562 ff.

gebend. Insbesondere regeln sie das zeitliche, örtliche und persönliche Herrschaftsgebiet (§§ 2—10 St.-G.-B.), die Bedeutung der Strafen (§§ 1 u. 13 ff.), die Arten der Teilnahme (§§ 47—50), die Schuldausschliessungs- und Strafausschliessungsgründe (§§ 51—56, 58, 59, 46, 66 ff.), den allgemeinen Strafmilderungsgrund der Jugend und die Anrechnung der Untersuchungshaft (§§ 57, 58), die Strafbarkeit des Versuches (§§ 43 ff.), sowie den Einfluss des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen (§§ 73—79). Da die durch die K.-O. mit Strafe bedrohten Handlungen sämtlich von Amts wegen zu verfolgen sind, kommen die §§ 61—65 hier nicht in Betracht.

2) Der Personenkreis, auf welchen die §§ 209—214 ihre Herrschaft erstrecken, umfasst alle Personen, welche der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, Nichtkaufleute wie Kaufleute (Vorbem. I. 1), Militärpersonen wie Civilpersonen (§ 10 St.-G.-B.), Ausländer wie Inländer. In letzterer Beziehung werden jedoch durch die Grenzen der örtlichen Herrschaft des Strafgesetzes (Vorbem. III. 3), sowie durch die Beschränkung der Konsular- und Schutzgebietsgerichtsbarkeit, welche sich nur auf deutsche Staatsangehörige bezw. Schutzgenossen erstreckt, Unterschiede begründet.

3) Das örtliche Herrschaftsgebiet der fraglichen Strafdrohungen wird durch die §§ 3 ff. St.-G.-B. begrenzt. Hiernach kann im Deutschen Reiche ein Ausländer nicht bestraft werden, der im Auslande seine Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist und dort eine Bankerutthandlung vorgenommen hat (Bem. I. 3 zu §§ 209, 210). Dasselbe gilt, wenn ein Ausländer im Auslande einen Gläubiger begünstigt, Vermögensstücke verheimlicht bezw. beiseitegeschafft, oder seine Stimme verkauft hat. Der letztere Fall liegt jedoch nur dann vor, wenn der Gläubiger sowohl das Versprechen, in einem gewissen Sinne zu stimmen, im Auslande gegeben, als auch dort die Vorteile oder das darauf bezügliche Versprechen in Empfang genommen hat. Ist die eine oder die andere dieser Handlungen im Inlande vorgenommen worden, so ist auch die strafbare Handlung hier begangen (Bem. I. 3 zu §§ 209. 210). Dasselbe gilt, wenn der Ausländer das Versprechen, in einem gewissen Sinne zu stimmen, vom Auslande her an eine im Inlande befindliche Person gelangen liess. Im letztern Falle wird die im Inlande erfolgte Handlung (z. B. die im Auftrage des Gläubigers erfolgte Aushändigung des das Versprechen enthaltenden Briefes) als eine von dem Ausländer im Inlande vorgenommene Handlung angesehen (Bem. I. 3 zu §§ 209, 210). Der Inländer kann wegen der im Auslande begangenen strafbaren Handlungen nur unter den in § 4 Abs. 2 Z. 3 St.-G.-B. aufgestellten Voraussetzungen bestraft werden. Die Konsulargerichtsbezirke und Schutzgebiete, in welchen deutsche Beamte die Gerichtsbarkeit ausüben, gelten zwar als Ausland im Sinne des § 8 St.-G.-B. Der Inländer, welcher sich dort einer strafbaren Handlung schuldig macht, kann aber auch in Deutschland verfolgt und bestraft werden, weil ihm gegenüber am Begehungsorte die deutschen Strafgesetze gelten, seine Handlung also auch dort mit Strafe bedroht war (Reichsges. v. 10. Juli 1879, betr. die Konsulargerichtsbarkeit [§ 4], sowie Reichsges. v. 17. April 1886, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, mit Reichsges. vom 15. März 1888, betr. die Abänderung des zweiten Gesetzes).

4) Zeitlich erstreckt sich die Herrschaft der Strafdrohungen auf alle Handlungen, welche seit dem Inkrafttreten der K.-O. begangen worden sind (§ 2 Abs. 1 Str.-G.-B.). Soweit der Thatbestand und die Strafdrohung des alten Gesetzes mit denen des neuen übereinstimmen, kann übrigens die Revision nicht darauf gestützt werden, dass statt des einen Gesetzes das andere angewandt worden sei. Die Grundlage des Urteiles ist in diesen Fällen dieselbe, ob das eine oder das andere Gesetz angewandt worden ist.[1]) Im allgemeinen kommt § 2 Abs. 2 St.-G.-B. auch hier zur Anwendung. Wenn eine strafbare Handlung

[1]) R.-G. (III.) 21. Apr. 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 628; Olshausen § 2 E.-G. Nr. 8 u. 10; Rüdorff-Stenglein S. 644 Nr. 1.

unter der Herrschaft des ältern und mildern Strafgesetzes begonnen und unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzt wurde, trifft jedoch die erwähnte Vorschrift nicht zu. Dort wird vorausgesetzt, dass sich das Gesetz nach dem thatsächlichen Abschlusse der Handlung geändert hat. Hier dagegen ist die Änderung im Verlaufe der Handlung eingetreten und letztere unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzt worden.[1])

§ 209.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder beiseitegeschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

§ 210.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie

1. Durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermässige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,
2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, dass sie keine Übersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder

[1]) R.-G. (Feriensen.) 7. Sept. u. (III.) 29. Sept. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 210 ff., Entsch. Bd. 2 S. 337 ff.; Olshausen § 2 E.-G. Nr. 8 u. 10; Rüdorff-Stenglein S. 643.

3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuches unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

(E. §§ 209, 210; M. S. 460, 461; K. S. 125, 126; pr. K.-O. §§ 308, 309, 340, 341; St.-G.-B. §§ 281 und 283.)

Absicht S. 601 ff.
Allgem. Lehren d. Str.-G.-B. S. 589 ff.
Aufwand S. 615, 616.
Begehungsort S. 595.
Beihilfe S. 611, 614, 615.
Beiseiteschaffen S. 602 ff.
Betrügl. Bankerutt S. 600 ff.
Bilanz S. 608, 619, 620.
Börsenspiel S. 616.
Differenzhandel S. 616, 617.
Einf. Bankerutt S. 612 ff.
Erdichtete Schulden S. 604 ff.
Eröffnungsbilanz S. 608.
Fahrlässigkeit S. 613.
Fragen an d. Geschworenen S. 599, 600.
Gefährdungsdelikt S. 593 ff.
Geschworene S. 599.
Grundstücke S. 603.
Handelsbücher S. 605 ff., 617 ff.
Inventar S. 610, 611, 619.
K.-E. als Thatbestandsmerkmal S. 594 ff.
Kommanditgesellschaft S. 607, 617.
Landesstrafrecht S. 589.
Nachfrist f. d. Bilanz S. 620.
Örtl. Herrschaftsgebiet S. 590.
Offene Handelsgesellschaft S. 607, 617.
Personenkreis S. 590.
Rechtskraft S. 599.
Reue, thätige S. 612.
Rücktritt v. Versuch S. 612.
Spekulationen S. 615, 616.
Spiel S. 616.
Übersicht d. Vermögens S. 610.
Unfähigkeit, Unkenntnis S. 607 ff.
Ursächl. Zusammenhang S. 595 ff.
Urteilsbegründung S. 614.
Verfahren S. 599.
Verheimlichung v. Vermögensstücken S. 602 ff.
Verjährung S. 595.
Versuch S. 611.
Verschulden S. 612 ff.
Zahlungseinstellung als Thatbestandsmerkmal S. 594 ff.
Zeitl. Herrschaftsgebiet S. 590, 591.
Zeitl. Zusammenhang S. 597, 618.
Zeitpunkt d. Handlung S. 597, 611.
Zusammentreffen S. 597 ff.
Zuständigkeit S. 599.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Ausdehnung der Strafdrohungen.

Die Strafdrohungen der §§ 209, 210 richten sich gegen den betrüglichen und gegen den einfachen Bankerutt. Die Thatbestandsmerkmale sind dieselben wie in den §§ 281 bis 283 St.-G.-B.; ebenso blieb das Strafmaass unverändert. Die einzige Änderung besteht in der Ausdehnung der Strafbarkeit des Bankerutts auf alle Schuldner. Aber auch diese Ausdehnung betrifft nur die in § 209 Z. 3 und § 210 Z. 1 K.-O. (§ 281 Z. 1 u. 2 und § 283 Z. 1 St.-G.-B.) bezeichneten Handlungen, welche ihrer Natur nach jedermann begehen kann. Bezüglich der in § 209 Z. 3 u. 4, sowie in § 210 Z. 2 u. 3 mit Strafe bedrohten Pflichtverletzungen wurde die Beschränkung auf Kaufleute aufrecht erhalten. Insbesondere wurde davon abgesehen, die „Geschäftsbücher" den Handelsbüchern gleichzustellen, weil eine allgemeine Verpflichtung, Bücher der ersteren Art zu führen, nicht bestehe und nicht eingeführt werden könne. Soweit es auf die Eigenschaft eines Kaufmannes ankommt, braucht diese übrigens nicht mehr zur Zeit der Zahlungseinstellung oder K.-E. vorhanden gewesen zu sein. Wer als Kaufmann seine Handelsbücher unordentlich geführt oder vernichtet und dann nach dem Verkaufe seines Geschäftes die Zahlungen eingestellt hat, ist strafbar, sofern nur die für oder gegen ihn bestehenden Forderungen (wenigstens teilweise) aus dem kaufmännischen

Geschäfte herrühren. Durch das Nichtvorhandensein der Bücher oder durch deren unordentliche Führung sind die Gläubiger gefährdet. Diese Gefährdung bildet aber den Grund der Strafdrohung (Bem. I. 2). Selbst das ist nicht erforderlich, dass die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der sogen. Bankerutthandlung vorhanden war. Die Verpflichtung zur Buchführung hört zwar mit der Kaufmannseigenschaft auf, nicht aber die Verpflichtung zur Aufbewahrung der Bücher. Die Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung durch Vernichtung oder Verheimlichung der Bücher macht den früheren Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist, strafbar, sofern nur die zur Zeit der Zahlungseinstellung oder K.-E. bestehenden Forderungen aus dem Betriebe des kaufmännischen Geschäftes herrühren.[1] Das pr. St.-G.-B. von 1851 bedrohte in § 261 Z. 1 Kaufleute wegen einfachen Bankerutts mit Strafe, wenn sie, obgleich das Vermögen nach der letzten Bilanz nicht die Hälfte der Schulden deckte, neue Schulden gemacht oder Waren oder Kreditpapiere unter dem Werte verkauft haben. Ähnliche Strafdrohungen enthielten andere Landesgesetze. Auch waren solche bei Beratung des St.-G.-B. im Reichstage vorgeschlagen, von diesem aber abgelehnt worden. In die K.-O. wurden sie, als willkürlich und ungerecht, gleichfalls nicht aufgenommen. Der Erbe des in Konkurs geratenen Schuldners kann sich hinsichtlich des Nachlasses von dem Augenblicke an eines strafbaren Bankerutts schuldig machen, in welchem er Erbe geworden, der Nachlass sonach zu seinem Vermögen gehört. Von da ab ist er ein Schuldner, über dessen Vermögen das Kv. eröffnet worden ist. Dem Erben wird aber die Vornahme von Bankerutthandlungen in der Regel deshalb nicht möglich sein, weil der K.-V. sich unmittelbar nach der K.-E. in den Besitz der Masse zu setzen hat. In den Rechtsgebieten, in welchen die Erbschaft durch deren Antretung erworben wird, kann sich der Erbe erst nach Vornahme der letztern eines Bankerutts schuldig machen, weil er vorher nicht Schuldner und das Vermögen, über das ein Kv. eröffnet wurde, nicht das seinige ist.

2. *Der strafbare Bankerutt als Gefährdungsdelikt.*

Der Bankerutt wird ohne Rücksicht darauf gestraft, ob die Gläubiger durch eine sogen. Bankerutthandlung geschädigt worden sind. Es kommt nicht darauf an, welchen Einfluss diese Handlung oder auch nur die Zahlungseinstellung bezw. K.-E. auf das Vermögen der Gläubiger ausgeübt hat. Der betrügliche wie der einfache Bankerutt ist hiernach ein Gefährdungsdelikt.[2] Der Gegenstand der Gefährdung ist die Befriedigung der Gläubiger, auf welche diese einen rechtlichen Anspruch haben. Die Gefahr wird herbeigeführt durch die sogen. Bankerutthandlungen, dann aber näher gerückt durch die Zahlungseinstellung oder K.-E. Übrigens kann auch eines der beiden letztern Ereignisse vorausgegangen sein und eine Bankerutthandlung, die Gefahr verstärkend, nachfolgen. Die beiden gefährdenden Umstände müssen zwar nicht in dem Sinne zusammenwirken, dass die Zahlungseinstellung oder K.-E. in ursächlichem Zusammenhange mit der vorliegenden Bankerutthandlung steht (Bem. I. 4). Aber sie haben bezüglich der Strafbarkeit dieselbe Bedeutung. Eine Gefährdungsthatsache ist ohne die andere unerheblich. Die Gefährdung

[1] R.-G. (III.) 5. Mai 1880, (II.) 1. April 1881, (I.) 22. Nov. 1886, Entsch. Bd. 2 S. 50, Bd. 4 S. 41 ff., Bd. 15 S. 64 ff.; Rüdorff-Stenglein S. 649; Willenbücher S. 242.

[2] Hälschner Bd. 2 S. 408, 409; Kleinfeller im Gerichtssaal Bd. 43 S. 163 ff.; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 820; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 379, 380; Meyer S. 733 § 97 Nr. 1; Oppenhoff S. 716 Nr. 25, 26; Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5a; v. Schwarze S. 819 Nr. 3c, S. 826 Nr. 23; Wengler S. 701. A. M.: v. Liszt S. 475, 476; Merkel S. 332; Neumeyer S. 139, 154, 166; v. Völderndorff Bd. 3 S. 17 und Rohland, Gefahr im Strafr. S. 33 ff.; insofern er den betrüglichen Bankerutt als versuchte Vermögensbeschädigung auffasst, welche zum vollendeten Delikt erhoben sei. Gerade diese Behandlungsweise begründet aber die Einreihung des Bankerutts unter die Gefährdungsdelikte.

von Treue und Glauben kann als Grund der Strafbarkeit des Bankerutts nicht angesehen werden. Allerdings enthalten einzelne Bankerutthandlungen nicht bloss eine Gefährdung, sondern sogar eine Verletzung von Treue und Glauben. Aber diese Verletzung für sich allein reicht nicht aus, um die Strafbarkeit zu begründen. Noch weniger kann die Zahlungsfähigkeit als Gegenstand der Gefährdung gelten, denn diese hat in dem Augenblicke, in welchem die Zahlungseinstellung oder K.-E. erfolgt, schon aufgehört, zu bestehen. Die Gefährdung richtet sich vielmehr gegen die Forderungsrechte der Gläubiger, deren Befriedigung infolge der einzelnen Bankerutthandlungen und der erfolgten Zahlungseinstellung oder K.-E. in Frage gestellt oder bedroht wird.[1]) Ob thatsächlich eine Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ist demnach gleichgültig.

3. *Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung als Thatbestandsmerkmale.*

a) Es ist bestritten, ob Zahlungseinstellung und K.-E. Thatbestandsmerkmale oder nur Bedingungen der Strafbarkeit sind, welche ausserhalb des Thatbestandes liegen. Von einer Bedingung der Strafbarkeit in diesem Sinne kann man nur dann sprechen, wenn die fragliche Thatsache entweder lediglich die Strafverfolgung bedingt (wie in den Fällen der §§ 102, 103, 139, 170, 172 St.-G.-B.) oder wenn durch ihr Hinzutreten die an sich strafbare Handlung eine höhere Strafbarkeit erlangt, ohne dass das Hinzutreten dem Thäter als beabsichtigt zugerechnet werden könnte (vgl. z. B. §§ 224, 226, 227, 229 St.-G.-B.). In §§ 209, 210 ist nun weder von einem solchen Strafschärfungsgrunde noch von einer Bedingung der Strafverfolgung die Rede. Letzteres ergiebt sich daraus, dass der Thäter wegen „Bankerutts" bestraft wird, denn dieser Ausdruck ist nur verständlich, wenn der Bankerutt selbst zum Thatbestande gehört. Die Hervorhebung von Zahlungseinstellung und K.-E. soll den Thatbestand des strafbaren Bankerutts auf solche Fälle einschränken, in denen der Bankerutt in der Aussenwelt erkennbarerweise aufgetreten ist. Erkennbar wird er aber nur durch die K.-E. und durch die Zahlungseinstellung. Die beiden Thatsachen treten hiernach nicht zum Thatbestande hinzu, sondern schränken ihn ein; sie sind nicht zeitliche Bedingung der Strafverfolgung, sondern deren sachliche Grenze. Zu dem nämlichen Ergebnisse gelangt man auch von der Betrachtung der rechtlichen Natur des strafbaren Bankerutts als Gefährdungsdeliktes aus (Bem. I. 2). Gefährdung der Gläubigerrechte liegt schon in den einzelnen Bankerutthandlungen; das Gesetz verlangt aber noch einen höhern Grad von Gefahr. Der Thatbestand, in welchem es die Gefährdung erblickt, ist erst dann erfüllt, wenn auch eines der beiden Ereignisse eingetreten ist, welche den Bankerutt äusserlich erkennbar machen. Besteht nun das Wesen des Bankerutts in der Gefährdung der Gläubigerrechte, so müssen alle Umstände, welche die Gefährdung begründen, Thatbestandsmerkmale sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die Zahlungseinstellung bezw. K.-E. oder ob die sogen. Bankerutthandlung vorausging, weil das Gesetz einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden Elementen nicht fordert (Bem. I. 4). Auch dieser Umstand spricht für deren Gleichwertigkeit d. h. dafür, dass Zahlungseinstellung und K.-E. ebenso als Thatbestandsmerkmale aufzufassen sind, wie das Vorhandensein einer sogen. Bankerutthandlung.[2]) Daraus ergeben sich wichtige Folgerungen hinsichlich des Begehungsortes, der Vollendung und Verjährung.

[1]) Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 2; Hälschner Bd. 2 S. 409; v. Liszt S. 475 § 136 Nr. II. 1; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 382; Neumeyer S. 154.

[2]) Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 3 u. 6; Kleinfeller im Gerichtssaal Bd. 43 S. 161 ff.; Merkel S. 333 § 127 Nr. 3; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 383 ff.; Neumeyer S. 126 ff., 166, 167, vgl. dag. S. 178; R.-G. (II.) 15. Febr. 1881, (I.) 26. Juni 1882 u. 9. Nov. 1885, (II.) 20. Sept. 1887, Entsch. Bd. 3 S. 350, 351, Bd. 7 S. 392, Bd. 13 S. 41 ff., Bd. 16 S. 188, 189. A. M.: v. Liszt, S. 477 § 136 Nr. II. 3; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 819; Oppenhoff S. 715 Nr. 24; v. Schwarze S. 820.

b) Begehungsort ist überall da, wo ein Thatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist. Andernfalls würde für strafbare Handlungen, deren Thatbestandsmerkmale an verschiedenen Orten hervortreten, nirgends ein Gerichtsstand der begangenen Handlung begründet sein, während doch jede Handlung an irgend einem Orte begangen worden sein muss. Der Gerichtsstand kann auch nicht bloss da begründet sein, wo die Handlung beendigt wurde, oder der Erfolg eintrat. Das Gesetz legt das entscheidende Gewicht auf die Thatsache, dass die Handlung an einem bestimmten Orte begangen wurde. Erfolg und Beendigung der Thätigkeit bilden aber nicht das Begehen der Handlung, sondern nur deren Abschluss, haben deshalb vor andern Teilen der Handlung nichts voraus.[1] Folglich ist der Gerichtsstand der begangenen Handlung sowohl da begründet, wo die Zahlungseinstellung oder K.-E. erfolgte, als dort, wo die sogen. Bankerutthandlung vorgenommen worden ist. Der strafbare Bankerutt ist im Inlande begangen, wenn nur eines der Thatbestandsmerkmale im Inlande verwirklicht worden ist.[2] Von dem obigen Standpunkte aus erscheint der strafbare Bankerutt erst dann als vollendet, wenn einerseits eine Zahlungseinstellung oder K.-E., andererseits eine Bankerutthandlung vorliegt. Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt hiernach erst mit dem Zeitpunkte, in welchem das letzte Thatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist, also erst mit Eintritt der Zahlungseinstellung oder K.-E., falls diese der sogen. Bankerutthandlung nachfolgten.[3]

4. *Ursächlicher und zeitlicher Zusammenhang.*

a) Gegenstand der Strafdrohung sind weder die sogen. Bankerutthandlungen, d. h. die Handlungen oder Unterlassungen, wie sie die §§ 209, 210 in den einzelnen Ziffern aufzählen, für sich allein; noch ist es die Herbeiführung des Kv. oder der Zahlungseinstellung durch eine solche Handlung. Das erstere ist nicht der Fall, weil nicht jeder Schuldner, dem ein derartiges Verhalten zur Last fällt, bestraft wird, sondern nur derjenige Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Kv. eröffnet worden ist. Das andere ist ausgeschlossen, weil nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ursächlicher Zusammenhang zwischen dem durch die Zahlungseinstellung oder K.-E. sich kundgebenden Vermögenszustande und jenen einzelnen Handlungen bezw. Unterlassungen nicht vorausgesetzt wird. Das Gesetz sagt keineswegs, dass die Zahlungseinstellung oder K.-E. durch eine der aufgezählten Handlungen herbeigeführt worden sein muss.[4] Bei dem klaren

1) John, St.-P.-O. Bd. 1 S. 205 ff., bes. 212; Keller, St.-P.-O. S. 8 Nr. 3b; Kleinfeller, Reichsges. v. 5. Apr. 1888 S. 91 u. 95 (Gesetzgbg. d. D. Reichs Teil III. Bd. 5 S. 201 u. 205); Löwe, St.-P.-O. § 7 Nr. 1c IV. Aufl. S. 195; Stenglein, Lehrb. d. Strafproz. S. 68; ders. St.-P.-O. S. 122 Nr. 3; Ullmann in v. Holtzendorffs Handb. d. Strafproz. Bd. 1 S. 155; R.-G. (II.) 6. Febr. 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 322; (IV.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. 15 S. 232 ff. A. M.: Glaser, Handb. d. Strafpr. Bd. 2 S. 184, 185; teilweise auch Stenglein a. a. O.

2) Berner S. 594 Anm. 2; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 393; R.-G. (II.) 20. Sept. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 188 ff. A. M.: Neumeyer S. 157, 173, welcher als Thatort nur den Ort des Erfolges, d. h. den Ort gelten lässt, wo Zahlungseinstellung oder K.-E. eintrat.

3) Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 6; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 394; Neumeyer S. 163; Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5b u. S. 653 Nr. 6; v. Schwarze S. 821 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. 3 S. 9, 10; R.-G. (II.) 15. Febr. 1881, (I.) 26. Juni 1882, Entsch. Bd. 3 S. 350, 351, Bd. 7 S. 392; (II.) 17. Jan. 1882, (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. 4 S. 50, Bd. 5 S. 362 u. Jur. Woch. 1883 S. 220, 221. A. M.: v. Liszt S. 478 § 135 Nr. II. 5; Neumeyer S. 157, 172, 173.

4) Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 5; Hälschner Bd. 2 S. 409 Anm. 3; v. Liszt S. 477 § 136 Nr. II. 3c; Merkel S. 332 und in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 819 Text u. Anm. 9, S. 821; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 380 Text u. Anm. 2; Meyer S. 737 § 97 Nr. 3; Oppenhoff S. 715 Nr. 24; Rohland, Gefahr im Strafrecht S. 35, 37, 38; v. Sarwey S. 877 Nr. 3; v. Schwarze S. 819 Nr. 3b; Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 142 ff.; Willenbücher S. 240 Nr. 2; v. Wilmowski S. 502 Nr. 1 u. S. 505 Nr. 2; R.-G. (III.) 17. Sept. 1881, Entsch. Bd. 4 S. 419; (III.) 11. Jan. 1882, (II.) 17. Jan.

Wortlaut des Gesetzes ist es mit allen Auslegungsregeln unvereinbar, bloss mit Rücksicht auf die in der Gesetzgebung und Litteratur vergangener Zeiten herrschende Auffassung, das Erforderniss eines ursächlichen Zusammenhangs zu behaupten und sich mit dem Willen des Gesetzes durch Annahme einer Rechtsvermutung abzufinden, welche den Beweis des ursächlichen Zusammenhangs überflüssig macht, vorbehaltlich des Gegenbeweises, dass im einzelnen Falle der ursächliche Zusammenhang unmöglich sei.[1]) Wenn das Gesetz eine solche Rechtsvermutung enthielte, so hätte die Zulässigkeit des Gegenbeweises oder doch dessen Beschränkung ausdrücklich erwähnt werden müssen; mangels eines solchen Zusatzes müsste der Gegenbeweis unbeschränkt zugelassen oder gänzlich ausgeschlossen werden, je nachdem man für das eine oder das andere eine Vermutung aufstellt. Die Vermutung des ursächlichen Zusammenhangs nötigt weiter zu einer Vermutung der Schuld bezüglich der Herbeiführung dieses Zusammenhangs[2]), einer Vermutung, die wieder im Gesetze keinen Ausdruck gefunden hat und deshalb für den Richter nicht existiert, der sich in Ermangelung einer im Gesetze ausdrücklich zugelassenen Ausnahme an den Satz halten muss: „dolus non praesumitur." Das gilt aber ebenso von der Fahrlässigkeit. Wenn nun dem Angeklagten Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich der Herbeiführung der Zahlungseinstellung oder K.-E. durch eine Bankerutthandlung nachgewiesen werden muss, so ist zu dem Zwecke dieser ursächliche Zusammenhang selbst durch Beweisaufnahme festzustellen; ein solcher Beweis ist aber mit der ersteren Rechtsvermutung ebenso unvereinbar wie mit dem Gesetze selbst. Ist es ferner unmöglich, was Neumeyer selbst behauptet, durch die Verheimlichung oder Vernichtung von Handelsbüchern die Zahlungseinstellung oder die K.-E. herbeizuführen, so ist es noch viel weniger möglich, durch eine einmalige oder auch mehrmalige erhebliche Verspätung der Bilanzziehung diesen Erfolg zu bewirken; es würden also nicht nur Fälle des § 210 Z. 2, sondern auch, wenigstens teilweise, Fälle des § 210 Z. 3 von vornherein mit der gedachten Rechtsvermutung unvereinbar sein. Wie soll man es aber erklären, dass das Gesetz Fälle, von denen ein Teil unter der Herrschaft der Rechtsvermutung stehen würde, ein anderer Teil nicht, mit einer einheitlichen Vorschrift erledigt? Ebenso unerklärlich ist, dass die gleiche Anordnung der Thatbestandsmerkmale in § 209 jene Rechtsvermutung nicht enthalten soll (vgl. auch Bem. III. 3b a. E.).

b) Dagegen müssen die beiden Thatbestandsmerkmale, die Bankerutthandlung und die Zahlungseinstellung oder K.-E., in einem zeitlichen Zusammenhang stehen, derart, dass sie nicht durch eine andere Zahlungseinstellung oder K.-E. getrennt sind. Die Bankerutthandlungen müssen sich auf diejenige Vermögenslage beziehen, welche zur Zahlungseinstellung oder K.-E. geführt hat oder nachträglich hierzu führt. Es ist aber deshalb nicht erforderlich, dass die beiden Thatbestandsmerkmale in demselben Zeitpunkte zugleich verwirklicht werden. Vielmehr genügt es, dass sie nebeneinander vorliegen, verbunden durch die Beziehung auf die nämliche Vermögenslage.[3])

1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 35 ff. u. 49; (I.) 26. Juni 1882, (III.) 15. Okt. 1883, (I.) 18. Febr. u. 9. Nov. 1885, 22. Nov. 1886, Entsch. Bd. 7 S. 393, Bd. 9 S. 134, Bd. 13 S. 359, Bd. 15 S. 66, Rechtspr. Bd. 7 S. 644; (III.) 26. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 313; (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 215 ff., bes. 217; (I.) 8. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 61.

[1]) So für den einfachen Bankerutt Neumeyer S. 129 ff., der jedoch selbst zugiebt, dass seine Auffassung für den Fall der Beseitigung von Handelsbüchern aus logischen Gründen unhaltbar ist (S. 132). Hinsichtlich des betrüglichen Bankerutts hält Neumeyer S. 165 ff. das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs nicht fest.

[2]) Neumeyer S. 149.

[3]) Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 820; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 381; R.-G. (I.) 21. Nov. 1881 u. 26. Juni 1882, Entsch. Bd. 5 S. 415, Bd. 7 S. 391 ff., bes. 393; (III.) 26. Sept. 1887 im Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 313; (I.) 8. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 61. Neumeyer S. 139, 141, 168 verlangt, dass die durch Zahlungsunfähigkeit verletzten Forderungen die gleichen sein müssen, welche durch die Bankerutthandlung bedroht wurden.

5. *Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen.*

a) Wenn dem Beschuldigten mehrere der einzeln aufgeführten Thätigkeiten oder Unterlassungen zur Last fallen und für sie zeitlich nur eine einzige Zahlungseinstellung oder K.-E. in Betracht kommt, so ist der strafbare Bankerutt nur einmal begangen. Auch das folgt aus dem Umfange des Thatbestandes und der Eigenschaft der Zahlungseinstellung sowie der K.-E. als Thatbestandsmerkmale (Bem. I. 3). Weil der Thatbestand nicht durch eine einzelne sogen. Bankerutthandlung erfüllt wird, sondern das Hinzutreten der K.-E. oder Zahlungseinstellung voraussetzt, wird er, wenn der Schuldner noch soviele Bankerutthandlungen begangen hat, solange nicht verwirklicht, als nicht eine Zahlungseinstellung oder K.-E. eingetreten ist. Erst das letztere Ereignis macht den Thatbestand vollständig. Die mehreren Bankerutthandlungen, welche sich auf die nämlichen Vermögensverhältnisse beziehen, auf die sich die eine Zahlungseinstellung oder K.-E. erstreckt, werden durch letztere rechtlich zu einer Einheit zusammengefasst, mögen nun jene sämtlich vor oder sämtlich nach der Zahlungseinstellung bezw. K.-E., oder teils vorher, teils nachher vorgenommen sein. Wenn ein Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, als Kaufmann sowohl die rechtzeitige Bilanzziehung versäumt, als auch Handelsbücher vernichtet und Vermögensstücke beseitigt hat, so liegt hiernach doch nur eine einzige strafbare Handlung vor.[1]) Ebenso verhält es sich dann, wenn die mehreren Bankerutthandlungen gleichartig sind, indem der Schuldner z. B. mehrmals die Bilanzziehung unterlassen oder nacheinander mehrere Vermögensgegenstände beseitigt hat, ehe die Zahlungseinstellung oder K.-E. eintrat.[2]) Handlungseinheit liegt auch dann vor, wenn ein Teil der mehreren sogen. Bankerutthandlungen in der Absicht vorgenommen wurde, die Gläubiger zu benachteiligen, während bei den übrigen Bankerutthandlungen diese Absicht fehlte, so dass sowohl der Thatbestand des § 209 als derjenige des § 210 erfüllt ist. Da die Zahlungseinstellung oder K.-E. nur einmal stattgefunden hat, so hat der Schuldner die zwei Strafgesetze durch eine einzige Handlung verletzt; folglich kommt bei der Strafausmessung § 73 zur Anwendung. Für die prozessuale Behandlung vgl. Bem. I. 6 S. 599. Es liegt hier die gewöhnlich als „ideale Konkurrenz" bezeichnete Gesetzeskonkurrenz vor. Eine Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne setzt voraus, dass der eine Thatbestand in dem andern enthalten ist; diese Voraussetzung würde aber nur dann zutreffen, wenn die Nichtführung, Vernichtung, Verheimlichung oder unordentliche Führung von Handelsbüchern (§ 209 Z. 3 u. 4, § 210 Z. 2) in einem Falle mit der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, in dem andern Falle ohne diese Absicht erfolgt wäre.[3]) Wenn die Verheimlichung von Vermögensstücken (§ 209 Z. 1)

[1]) Berner S. 593; Hälschner Bd. 2 S. 413, 417; v. Liszt S. 477 § 136 Nr. II. 3b; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 392; Neumeyer S. 158 (jedoch a. M. S. 178 zu § 209); Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5, S. 652, 653; v. Schwarze S. 820 Nr. 4; Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 141; v. Völderndorff Bd. 3 S. 4; Wengler S. 701, 706; Willenbücher S. 239 Nr. 4a; v. Wilmowski S. 501 Nr. 1, S. 505 Nr. 2; R.-G. (III.) 15. Nov. 1879, Entsch. Bd. 1 S. 101 ff.; (II.) 20. April 1880, Feriensen. 7. Sept. 1880; (III.) 3. Nov. 1880, (I.) 9. Juni 1884, 3. Nov. 1884 u. 9. Nov. 1885, Rechtspr. Bd. 1 S. 627, Bd. 2 S. 211, 438 ff., Bd. 6 S. 397, 686, Bd. 7 S. 642 ff., bes. S. 644; Verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 242, 243; (III.) 27. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 149. A. M.: Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 821; Oppenhoff S. 717 Nr. 33.

[2]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 4; R.-G. (III.) 5. Juni 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 33.

[3]) Fitting § 58 Anm. 10; v. Schwarze S. 820 Nr. 4c; v. Völderndorff Bd. 3 S. 6 Text u. Anm. 23; R.-G. (II.) 22. Juni 1880, 17. März 1882, (III.) 22. Jan. 1883, (II.) 25. März 1887, Entsch. Bd. 2 S. 199, Rechtspr. Bd. 4 S. 257 ff., bes. S. 260, 261, Bd. 5 S. 52 ff., Bd. 9 S. 197. A. M.: v. Buri, Einheit u. Mehrheit d. Verbr. (Gerichtssaal Bd. 31 Beil.) S. 40; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 821; Neumeyer S. 179; Oppenhoff S. 717 Nr. 34; Rüdorff-Stenglein S. 650 Nr. 8; Wengler S. 701 a. E., welche reale Konkurrenz annehmen; ferner Berner S. 593; Binding, Handb. d. Strafr. Bd. 1 S. 362; Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 4; Hälschner Bd. 2 S. 417, 418; Hiller im Gerichtssaal Bd. 32 S. 217 ff.; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 392; Meyer S. 739, 740, welche Gesetzes-

mit übermässigem Aufwand (§ 210 Z. 1) oder mit der in Benachteiligungsabsicht vorgenommenen Vernichtung von Handelsbüchern zusammentrifft, so ist dagegen der Thatbestand des § 210 nicht in dem des § 209 enthalten. Praktisch ist der Unterschied nicht sehr erheblich, weil sowohl bei Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne als bei sogen. idealer Konkurrenz § 209 zur Anwendung kommt, dort mit Rücksicht darauf, dass der Thatbestand dieses § der umfassendere ist, hier mit Rücksicht auf § 73 St.-G.-B.; doch kann der Richter bei sogen. idealer Konkurrenz das Zusammentreffen mehrerer Thatbestände in der Strafzumessung berücksichtigen, während dies als unzulässig erscheint, sofern nur Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne angenommen wird.[1]) Wenn verschiedene Bankerutthandlungen in Beziehung auf dieselbe Zahlungseinstellung oder K.-E. zusammentreffen und nicht ausnahmsweise Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne vorliegt, ist hiernach jede einzelne Bankerutthandlung als besonderer Strafzumessungsgrund zu berücksichtigen, gleichviel, ob dasselbe Strafgesetz mehrfach oder § 209 und § 210 durch eine Handlung verletzt worden ist. Aus diesem Grunde müssen in der Hauptverhandlung wegen strafbaren Bankerutts alle einzelnen Zuwiderhandlungen ausdrücklich festgestellt werden.[2])

b) Die Einheit des strafbaren Bankerutts wird auch nicht dadurch beseitigt, dass der Schuldner als Einzelkaufmann mehrere Geschäfte betrieben und mit Bezug darauf verschiedene Bankerutthandlungen verübt hat. Die K.-E. kann nur in einheitlicher Weise in Ansehung des ganzen Vermögens des Schuldners erfolgen und die Zahlungseinstellung liegt gleichfalls in Beziehung auf das ganze Vermögen entweder vor oder nicht vor. Letztere muss auf der Zahlungsunfähigkeit beruhen, diese aber kann für das Vermögen desselben Rechtssubjektes nicht zugleich vorhanden sein und fehlen. Wenn der Angeklagte ein Geschäft als Einzelkaufmann betrieben hatte und bei einem andern Geschäfte als Handelsgesellschafter oder Vorstand einer Aktiengesellschaft u. s. w. beteiligt war, für beide Geschäfte aber die Zahlungseinstellung oder K.-E. erfolgte, bilden dagegen die mit Bezug auf die verschiedenen Geschäfte vorgenommenen Bankerutthandlungen in Verbindung mit der Zahlungseinstellung oder K.-E. zwei rechtlich von einander unabhängige Vergehen. Es handelt sich hier um zwei vollkommen selbständige Vermögensmassen, bezüglich deren die K.-E. getrennt verfügt wird. Deshalb muss auch das Vorhandensein der Zahlungseinstellung für beide Geschäfte besonders beurteilt werden. Soviele Zahlungseinstellungen oder K.-E. aber vorliegen, soviele strafbare Bankerutte können auch dem Beschuldigten zur Last fallen. Unter dieser Voraussetzung liegt hienach allerdings Realkonkurrenz vor.[3])

c) Über das Zusammentreffen der Thatbestände von §§ 209, 210 mit einem der Thatbestände von §§ 211—214 vgl. Bem. 4 zu § 211, Bem. 1 zu § 212.

6. *Zuständigkeit und Verfahren.*

a) Für die Fälle des § 209 sind die Schwurgerichte, für die Fälle des § 210 die Strafkammern der Landgerichte sachlich zuständig (§§ 80 und 73 Z. 1 u. 2 G.-V.-G.). Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit, besonders des Gerichtsstandes der begangenen Handlung vgl. Bem. I. 3. Für das Verfahren folgt aus den Bemerkungen über das Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen desselben Schuldners (Bem. I. 5) mit nur einer Zahlungseinstellung oder K.-E., dass derjenige, gegen welchen das Hauptverfahren

konkurrenz im engern Sinne annehmen; endlich Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 141 u. 145 ff., der ideale Konkurrenz nur dann annimmt, wenn sämtliche Bankerutthandlungen vor der Zahlungseinstellung oder K.-E. erfolgten, dagegen in allen übrigen Fällen reale Konkurrenz behauptet.

1) Kleinfeller, Reichsges. v. 5. April 1888 S. 92, 93 (Gesetzgeb. d. D. Reiches Teil III. Bd. 5 S. 202, 203).

2) v. Schwarze S. 820 Nr. 4; R.-G. (III.) 5. Juni, 29. Sept. u. 3. Nov. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 33, 281, 438 ff., bes. S. 440 ff.

3) Willenbücher S. 238, 239, Vorbem. 4a; R.-G. (I.) 9. Juni 1884, Entsch. Bd. 11 S. 5 ff.

wegen eines in § 209 oder 210 bezeichneten Thatbestandes eröffnet worden ist, unter den dargelegten Voraussetzungen wegen jedes andern unter einen dieser §§ fallenden Thatbestandes abgeurteilt werden darf, sofern er auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht worden ist (§ 264 St.-P.-O.). Dieser Hinweis darf nur dann unterbleiben, wenn die in der Verhandlung hervortretenden Merkmale mit den im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten gleichwertig sind. Letzteres ist der Fall, wenn der Unterschied sich nur darauf bezieht, ob die Schuld bezw. das Rechtsverhältnis ganz oder teilweise erdichtet war, ebenso, wenn dem Schuldner statt der Unterlassung der Führung von Handelsbüchern die unordentliche Führung zur Last gelegt wird; denn in beiden Fällen muss er zu seiner Verteidigung vorbringen, dass er der gesetzlichen Pflicht genügt habe.[1]) Unordentliche Buchführung und Unterlassung der Bilanzziehung,[2]) Vernichtung und Verheimlichung der Bücher, Spiel und Differenzhändel sind dagegen Merkmale, welche eine Änderung der Verteidigung bedingen. Dasselbe ist der Fall, wenn im Eröffnungsbeschlusse die Verheimlichung von Gegenständen, in der Hauptverhandlung aber eine andere Art des Beiseiteschaffens behauptet wurde. Im umgekehrten Falle jedoch liegt eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nicht vor, weil die Verheimlichung begrifflich im Beiseiteschaffen enthalten ist (Bem. II. 2). Eine andere That im Sinne des § 265 St.-P.-O. ist selbst dann nicht gegeben, wenn nach dem Eröffnungsbeschlusse § 209, nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung aber § 210 der K.-O. zutrifft, oder der umgekehrte Fall vorliegt.[3]) Aus der dargelegten Grundanschauung folgt auch, dass dem Angeklagten die Einrede der abgeurteilten Sache zusteht, wenn er wegen einfachen oder betrüglichen Bankerutts abgeurteilt worden ist und mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung bezw. K.-E. aus einer andern Ziffer der §§ 209, 210 angeklagt wird.[4]) Wie für die Anwendung der §§ 264, 265 der St.-P.-O ist es für die Einrede der Rechtskraft gleichgültig, ob der Thatbestand, auf den sich die neue Anklage stützt, dieselbe Art des strafbaren Bankerutts darstellt, wie der im frühern Urteil behauptete, oder ob die neue Anklage einfachen Bankerutt zum Gegenstande hat, während das frühere Urteil betrüglichen Bankerutt betraf. Dasselbe gilt im umgekehrten Falle.

b) Die Hauptfrage an die Geschworenen darf nicht dahin lauten: „Ist der Angeklagte schuldig, seine Zahlungen eingestellt zu haben und . . .,“ denn bezüglich der Zahlungseinstellung und der K.-E. braucht keine Schuld vorzuliegen (Bem. II. 1 und III. 1). Vielmehr muss die Hauptfrage dahin gehen: „Ist der Angeklagte schuldig und hat er seine Zahlungen eingestellt (ist über sein Vermögen Konkursverfahren eröffnet worden)“? oder: „Ist der Angeklagte, welcher seine Zahlungen eingestellt hat (über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist) schuldig?“ Die letztere Fassung ist richtiger, weil sie die Zahlungseinstellung und die K.-E. als Thatbestandsmerkmale behandelt. Der Relativsatz enthält auch nicht eine den Geschworenen vorgreifende Feststellung, weil sich die Frage auf ihn gleichfalls erstreckt. Hinsichtlich der Fragestellung an die Geschworenen ergiebt sich aus der Einheit des strafbaren Bankerutts (Bem. I. 5) noch, dass die auf eine Zahlungseinstellung oder K.-E. bezüglichen mehreren Bankerutthandlungen in eine Hauptfrage zusammenzufassen sind,[5]) und dass es in solchen Fällen unzulässig ist, an die Geschworenen die Frage zu richten, ob sachlicher Zusammenfluss vorliege.[6]) Für die Nebenfrage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände ergibt sich aus Bem. I. 5, dass

[1]) R.-G. (II.) 1. März 1881, Entsch. Bd. 3 S. 417 ff.

[2]) R.-G. (I.) 3. Nov. 1884, (IV.) 23. Jan. 1891, Entsch. Bd. 11 S. 251, Bd. 21 S. 387.

[3]) Dalcke, Fragestellung und Verdikt S. 76; R.-G. (I.) 3. Nov. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 251 ff. A. M.: Neumeyer S. 180; Oppenhoff S. 718 Nr. 35.

[4]) v. Schwarze S. 820 Nr. 4; Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 136; R.-G. (III.) 22. Jan. 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 52 ff. A. M.: Oppenhoff S. 718 Nr. 35.

[5]) R.-G. (Feriensen.) 7. Sept. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 207.

[6]) R.-G. (II.) 25. März 1887, Rechtspr. Bd. 9 S. 197.

nur eine solche Nebenfrage gestellt werden darf, weil bezüglich der einen strafbaren Handlung das Vorhandensein mildernder Umstände nur bejaht oder verneint werden kann. Dies gielt sowohl dann, wenn nur Merkmale des § 209, als auch dann, wenn die §§ 209 und 210 zusammentreffen.[1]) Für den Thatbestand des § 210 kommen mildernde Umstände ohnehin nicht in Betracht. Verschiedenartige Beantwortung der Frage nach diesen Umständen, welche thatsächlich auch dann möglich ist, wenn nur eine Nebenfrage gestellt wurde (§ 305 Abs. 2 St.-P.-O.), schliesst einen Widerspruch in sich, welcher das Berichtigungsverfahren veranlasst (§ 309 St.-P.-O.).[2]) Sind mehrere Angeklagte vorhanden, so muss die Nebenfrage für jeden gesondert gestellt werden, weil auch für jeden eine besondere Hauptfrage zu stellen ist (§ 292 Abs. 3 St.-P.-O.). Hinsichtlich der Begründung des Urteiles darf sich der Richter hier so wenig wie in andern Fällen damit begnügen, das Vorhandensein der gesetzlichen Merkmale, etwa unter Berufung auf ein Geständnis des Angeklagten oder das Gutachten eines Sachverständigen, festzustellen; vielmehr muss im Urteile auch angegeben sein, worin der Richter die gesetzlichen Merkmale verwirklicht gefunden hat, z. B. welche Bücher fehlen, welche Mängel in der Buchführung obwalten;[3]) ferner welcher Art das Verschulden war (Bem. III. 1 S. 614).

II. Betrüglicher Bankerutt. (§ 209).

1. Allgemeine Voraussetzungen.

a) Damit betrüglicher Bankerutt vorliegt, wird vorausgesetzt, dass von dem Beschuldigten eine der in Abs. 1 Z. 1—4 des § aufgezählten Handlungen vorgenommen wurde. Eine solche Handlung begründet aber nur dann die Strafbarkeit, wenn entweder über das Vermögen des Beschuldigten das Kv. eröffnet worden ist, oder er seine Zahlungen eingestellt hat. Ob K.-E. stattgefunden hat, ist eine thatsächliche Frage, deren Bejahung lediglich davon abhängt, dass ein deutsches Amtsgericht sie beschlossen hat (Bem. 1 zu § 100). Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist der Beurteilung des Strafrichters entzogen. Auch kommt nichts darauf an, ob das Kv. durchgeführt oder gemäss § 190 wieder eingestellt worden ist. Wurde der Eröffnungsbeschluss auf Grund der vom Gemeinschuldner eingelegten sofortigen Beschwerde aufgehoben, so liegt die Sache ebenso, als wenn eine K.-E. gar nicht stattgefunden hätte. Über die Thatsache der Zahlungseinstellung hat der Strafrichter selbständig zu entscheiden, ohne dass er an die Entscheidungen des Civilgerichts gebunden ist (§ 261 der St.-P.-O.). Wegen der Frage, wann eine Zahlungseinstellung anzunehmen ist, vgl. Bem. I. 3 zu § 23 und Bem. II. 1—3 zu § 94. Die Zahlungseinstellung erfüllt den Thatbestand nicht nur, wenn sie nötig war, sondern auch, wenn sie irrtümlich erfolgte, weil der Schuldner sich über seine wahre Vermögenslage täuschte, und ebenso, wenn sie in Kenntnis der wahren Vermögenslage nur auf Grund fingierter Zahlungsunfähigkeit geschah, um die Gläubiger zu schädigen.[4])

b) Ob die unter Z. 1—4 fallende Handlung vor oder nach der Zahlungseinstellung bezw. K.-E. erfolgte, ist gleichgültig, weil sie nicht in ursächlichem Verhältnisse zu diesen Ereignissen zu stehen braucht (Bem. I. 4).[5]) Die Unterlassung der Führung von Handels-

[1]) Dalcke, Fragestellung und Verdikt S. 94; R.-G. (II.) 8. Nov. 1881, 30. März 1886, Entsch. Bd. 5 S. 155, Bd. 14 S. 8 ff.; (IV.) 17. Febr. 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 158 ff.

[2]) R.-G. (IV.) 17. Febr. 1888 a. a. O.

[3]) R.-G. (II.) 2. Juli 1889. Jur. Woch. 1889 S. 350.

[4]) Geyer Bd. 2 S. 65 Nr. 3; Hälschner Bd. 2 S. 407; v. Liszt S. 442 § 135 Nr. II. 2a; Meyer S. 736 § 97 Nr. 3 u. Anm. 20; Oppenhoff S. 718 Nr. 36; v. Schwarze S. 818; v. Völderndorff Bd. 3 S. 8; R.-G. (III.) 22. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 294. A. M.: Fitting § 58 Anm. 4; v. Wilmowski S. 477.

[5]) Berner S. 594; v. Liszt S. 477 § 135 Nr. II. 3e; Merkel S. 332 § 127 Nr. 2d; Neumeyer S. 161, 168, 171, 172; Oppenhoff S. 716 Nr. 30; v. Sarwey S. 876 Nr. 3; v. Schwarze S. 822 Nr. 1a;

büchern kann zwar noch nach der Zahlungseinstellung, aber nicht mehr nach der K.-E. erheblich sein, denn mit dem Eintritte der Wirkungen des § 5 hört die Verpflichtung, Bücher zu führen, notwendig solange auf, bis der Schuldner wieder in den Besitz eines Geschäftes gelangt, bezüglich dessen das Kv. keine Wirkung hat. Aus demselben Grunde kann derjenige Schuldner nicht gestraft werden, welcher nach der K.-E. die Bilanzziehung für sein zur Masse gehöriges Vermögen unterlässt. Ja schon nach der Zahlungseinstellung hat die Ziehung der Bilanz keinen Wert mehr, ist folglich die Unterlassung nicht strafbar.[1] Dass die K.-E. oder Zahlungseinstellung in einem Verschulden des dadurch Betroffenen ihren Grund hat, ist gleichfalls nicht erforderlich (Bem. III. 1).[2]

c) In allen Fällen des § 209 wird vorausgesetzt, dass die Handlung vom Beschuldigten in der Absicht vorgenommen wurde, dadurch seine Gläubiger, und zwar diese im allgemeinen, nicht nur einen einzelnen von ihnen, zu benachteiligen (vgl. Bem. I. 3a zu § 24). Das Bewusstsein von der blossen Möglichkeit einer Benachteiligung der Gläubiger genügt nur, soweit sich mit ihm der dolus eventualis verbindet.[3] Hat der Schuldner die Handlung vorgenommen, obgleich er wusste, dass sie eine Benachteiligung zur Folge haben müsse, so hat er diese Folge gewollt.[4] Dagegen folgt aus dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Bankerutthandlung noch nicht, dass die Handlung in Benachteiligungsabsicht begangen wurde.[5] Die Absicht muss auf einen Vermögensnachteil gerichtet sein. Regelmässig wird diese dahin gehen, den Gläubigern Befriedigungsmittel zu entziehen. Es genügt aber die Absicht, ihnen die Befriedigung zu erschweren, was schon dadurch geschehen kann, dass ihnen die Übersicht über die vorhandenen Forderungen und Schulden entzogen wird. War die Absicht lediglich darauf gerichtet, einen einzelnen Gläubiger zu schädigen und zwar in der Art, dass die übrigen Gläubiger dadurch keinen Nachteil erleiden sollten, ja ihnen sogar ein Bestandteil der Masse erhalten werde, so ist der Thatbestand des § nicht gegeben. Dagegen liegt er dann vor, wenn ein einzelner Gläubiger, z. B. ein Verwandter des Beschuldigten, zum Nachteile aller übrigen begünstigt werden sollte.[6] In diesem Falle trifft mit dem Thatbestande des § 209 derjenige des § 211 zusammen (Bem. 4 zu § 211). Die Benachteiligungsabsicht ist nicht nur dann vorhanden, wenn eine Verminderung der Masse erstrebt wurde, sondern auch dann, wenn deren Verteilung oder die Verwertung einzelner Massegegenstände erschwert oder verzögert werden sollte, oder wenn eine zeitweilige Vorenthaltung einzelner Massegegenstände den Zweck der Handlung bildete.[7] In allen diesen Fällen ist aber erforderlich, dass die beabsichtigte Benachteiligung mit der Zahlungseinstellung und der dadurch herbeigeführten Nichtbefriedigung der Gläubiger in Beziehung steht. Deshalb wird immer das Bewusstsein von der bereits eingetretenen oder bevorstehenden Zahlungseinstellung oder K.-E. vorausgesetzt.[8] Ist die Benachteiligungsabsicht in der angegebenen Weise nachgewiesen, so bedarf es eines

Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 142; v. Völderndorff Bd. 3 S. 15; Wengler S. 700; v. Wilmowski S. 502 Nr. 1; pr. Obertrib. 28. Jan. 1875, Arch. f. Strafr. Bd. 23 S. 59, 60.

[1]) R.-G. (III.) 16. Febr. 1881, Rechtspr. Bd. 3 S. 51 ff.

[2]) v. Liszt S. 443 § 135 Nr. II. 3d; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 386, 387; Oppenhoff S. 715, 716 Nr. 24; Rohland, Gefahr im Strafr. S. 35; v. Sarwey S. 877 Nr. 3.

[3]) Geyer Bd. 2 S. 66 Nr. 8; Hälschner Bd. 2 S. 412; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 818; v. Schwarze S. 822 Nr. 1; Wengler S. 700; sächs. O.-A.-G. 10. Aug. 1877, Arch. f. Strafr. Bd. 26 S. 362, 363.

[4]) Willenbücher S. 240 Nr. 4; Neumeyer S. 169 ff.; v. Wilmowski S. 503 Nr. 2. A. M. ist anscheinend Oppenhoff S. 716 Nr. 26.

[5]) A. M.: v. Wilmowski S. 503 Nr. 2.

[6]) Merkel a. a. O. S. 818; v. Schwarze S. 821; Wengler S. 700; Willenbücher S. 240 Nr. 4c.

[7]) Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5a; v. Sarwey S. 877 Nr. 3; Willenbücher S. 240 Nr. 4d.

[8]) Neumeyer S. 171; Oppenhoff S. 717 Nr. 30; v. Schwarze S. 822; v. Völderndorff Bd. 3 S. 16 Anm. 16; pr. Obertrib. 28. Jan. 1875, Arch. f. Strafr. Bd. 23 S. 59, 60.

weitern Nachweises nicht mehr. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Beschuldigte beabsichtigte, sich selbst oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Bezeichnung „betrüglicher Bankerutt“ wurde bloss gewählt, um den in § 209 vorgesehenen Fall von dem des „einfachen Bankerutts“ zu unterscheiden. Es brauchen aber keineswegs alle Merkmale des Betrugs (§ 263 St.-G.-B.) vorzuliegen.[1] Der vollendete betrügliche Bankerutt setzt unter allen Umständen voraus, dass ausser den übrigen Merkmalen des Thatbestandes entweder das Kv. eröffnet oder eine Zahlungseinstellung erfolgt ist. War die unter die Ziffer 1—4 fallende Handlung der Zahlungseinstellung oder K.-E. vorausgegangen, so ist die strafbare Handlung im Augenblicke, in welchem diese erfolgte, vollendet, andernfalls in demjenigen Augenblicke, in welchem die betreffende Handlung vorgenommen wurde. Wegen des strafbaren Versuches vgl. Bem. II. 6, wegen Teilnahme Bem. 4 zu § 212.

2. Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken. (Abs. 1 Z. 1.)

a) Das „Verheimlichen“ von Vermögensstücken setzt voraus, dass eine Sache der Wahrnehmung der Beteiligten, d. h. des K.-V. oder der Gläubiger entzogen wurde und dadurch die Geltendmachung der diesen Personen zustehenden Rechte unmöglich gemacht oder doch erschwert oder verzögert wird. Dagegen ist hierzu nicht erforderlich, dass die Handlung, durch welche dieser Erfolg herbeigeführt wird, selbst eine heimliche und an dem Orte der Vornahme vollständig unbemerkt geblieben ist. Auch das blosse Ableugnen des Vorhandenseins einer Sache kann als „Verheimlichung“ erscheinen. Ebenso kann die Verwendung von Geldern zu unnötigen Ausgaben oder zur Flucht oder das Verschleudern oder Verschenken von Wertgegenständen unter den Begriff der Verheimlichung fallen, wenn diese Gegenstände bezw. Gelder der Wahrnehmung der Beteiligten vorher in der Absicht entzogen wurden, die Gläubiger zu benachteiligen.[2] Auch wird der Thatbestand des § dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Verheimlichung oder das Beiseiteschaffen zu dem Zwecke erfolgte, einen Gläubiger auf Kosten aller übrigen zu begünstigen (Bem. II. 1).[3] Bezüglich des Zusammentreffens mit dem Thatbestande des § 211 vgl. Bem. 4 zu diesem §. In dem Verkaufe eines Grundstückes kann ein Verheimlichen nur dann gefunden werden, wenn dessen Vorhandensein abgeleugnet oder verschwiegen oder der Verkauf nur zum Schein errichtet worden ist, um den Glauben zu erregen, dass das Grundstück nicht mehr zur Masse bezw. zum Vermögen des Schuldners gehöre. Das „Beiseiteschaffen“ setzt voraus, dass eine Sache der rechtlichen oder thatsächlichen Verfügungsgewalt des K.-V. oder dem Zugriffe der Gläubiger entzogen wurde. Den Begriff des Beiseiteschaffens kann auch ein vorübergehendes Vorenthalten erfüllen. Jedenfalls wird die Feststellung dieses Merkmales nicht dadurch ausgeschlossen, dass die beiseitegeschafften Gegenstände nachträglich wieder entdeckt und herbeigeschafft worden sind. Ferner ist nicht erforderlich, dass ein Gegenstand an einen andern Ort gebracht wird. Das Beiseiteschaffen kann hiernach nicht nur bei beweglichen Sachen, sondern auch bei Grundstücken vorkommen. Solche sind insbesondere dann als beiseitegeschafft anzusehen, wenn der Schuldner sie durch eine rechtswirksame Auflassung dem Zugriffe der Gläubiger entzogen hat.[4] Da schon die Verzögerung oder Erschwerung des Zugriffes als Benachteiligung der Gläubiger anzusehen ist (Bem. II. 1), und auch die

[1]) Oppenhoff S. 716 Nr. 25; v. Sarwey S. 876 Nr. 3; v. Schwarze S. 821; v. Völderndorff Bd. 3 S. 16.

[2]) Oppenhoff S. 718 Nr. 39; v. Sarwey S. 877; v. Schwarze S. 823; v. Völderndorff Bd. 3 S. 19; Wengler S. 702.

[3]) Oppenhoff S. 719 Nr. 41; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Wilmowski S. 503 Nr. 2. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 20 Nr. II.

[4]) R.-G. (II.) 22. Juni 1880, Entsch. Bd. 2 S. 118 ff. und die Schriftsteller. A. M. nur v. Schwarze, S. 823 Anm. 2.

darauf gerichtete Absicht durch Beiseiteschaffen sich verwirklichen lässt, kann übrigens auch in der zum Schein vorgenommenen und an sich rechtsunwirksamen Auflassung eine Beiseiteschaffung gefunden werden, denn durch sie wird die Verwertung für die Masse oder die Zwangsvollstreckung solange gehindert, bis das Vorhandensein eines Scheingeschäftes rechtskräftig festgestellt worden ist oder dessen thatsächlichen Wirkungen auf andere Weise, z. B. durch freiwillige Herausgabe seitens des Dritten, beseitigt worden sind.[1]) In dem Verschaffen der Pfändungsmöglichkeit durch Gewährung einer vollstreckbaren Urkunde u. s. w. und in der Erleichterung von deren Erlangung (z. B. durch Begebung eines Wechsels), liegt zunächst nur ein Versuch des Beiseiteschaffens. Dieses letztere ist jedoch vollendet, wenn der begünstigte Gläubiger demnächst die Pfändung bewirkt und damit den Zugriff des K.-V. oder der Gläubiger ausschliesst oder doch wirkungslos macht. Der Erfolg ist dann mit Hilfe des Gläubigers herbeigeführt worden, der, wenn ihm der Sachverhalt bekannt war, als Gehilfe, andernfalls als blosses Werkzeug des Schuldners erscheint.[2]) Da eine Ortsveränderung nicht erforderlich ist, können auch Forderungen und andere Rechte verheimlicht oder durch Veräusserung beiseitegeschafft werden.[3])

b) In einer Handlung kann eine Verheimlichung und ein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken enthalten sein, sofern diese nicht bloss dem Zugriffe des K.-V. oder der Gläubiger, sondern auch deren Wahrnehmung entzogen worden sind. In diesem Falle muss die an die Geschworenen gestellte Frage die beiden Merkmale mit „und“ verbinden, obwohl das Gesetz sie nebeneinander aufstellt und als gleichwertig behandelt. Durch diese Fassung des Gesetzes („oder“) wird nicht ausgeschlossen, dass die beiden Merkmale zusammentreffen.[4]) Das Verheimlichen, durch welches die in Frage stehenden Gegenstände immer zugleich der thatsächlichen Verfügung des K.-V. oder dem Zugriffe der Gläubiger entzogen werden, ist allerdings nur eine besondere Art des Beiseiteschaffens.[5]) Da das Gesetz diese Art besonders hervorgehoben hat, kann aber in der Unterscheidung bei der Fragestellung, durch welche zudem weder Unklarheit noch Verwirrung entsteht, eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden.

c) Ob die verheimlichten oder beiseitegeschafften Gegenstände einen grössern oder geringern Wert haben, ist nicht entscheidend. Es kommt aber immer darauf an, dass sie überhaupt den Gläubigern zugute gekommen wären und deren Benachteiligung beabsichtigt worden ist. Deshalb kann die Beseitigung unentbehrlicher Kleidungsstücke des Gemeinschuldners u. s. w., welche der Zwangsvollstreckung nach § 715 C.-P.-O. nicht unterliegen, den Thatbestand des betrüglichen Bankerutts nicht herstellen. Ebensowenig ist dies hinsichtlich der Beseitigung solcher Waren der Fall, welche der Gemeinschuldner nach erfolgter K.-E. unter Haftung eines Dritten für den Kaufpreis bezogen hat.[6]) Bezüglich des Zusammentreffens der Thatbestände von § 209 Z. 1 und § 212 vgl. Bem. 1 zu diesem §.

3. Anerkennung oder Aufstellung von erdichteten Schulden oder Rechtsgeschäften. (Abs. 1 Z. 2).

Damit die Z. 2 zur Anwendung kommen kann, ist erforderlich, dass der Beschuldigte ein ihn bezw. die Masse belastendes Rechtsgeschäft oder eine Schuld, die in Wirklichkeit

[1]) Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 3 S. 18; Willenbücher S. 241.

[2]) Sächs. O.-A.-G. 10. August 1877, Arch. f. Strafr. Bd. 26 S. 362, 363, welches schon das Gewähren der Pfändungsmöglichkeit als vollendetes Vergehen betrachtete.

[3]) Geyer Bd. 2 S. 66 Nr. 8; Meyer S. 737; Oppenhoff S. 719 Nr. 40; v. Völderndorff Bd. 3 S. 18, 19; Wengler S. 703.

[4]) v. Schwarze S. 823; ferner R.-G. (III.) 15. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 250 ff.

[5]) Geyer Bd. 2 S. 67; Hälschner Bd. 2 S. 410 Anm. 1.

[6]) Hälschner S. 410; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Sarwey S. 877; v. Völderndorff Bd. 3 S. 18; Wengler S. 702; v. Wilmowski S. 503 Nr. 3; bayer. oberster Gerichtshof 28. Dez. 1872, Samml. d. Entsch. in Strafs. Bd. 2 S. 308 ff.

gar nicht oder doch nicht in der angegebenen Weise besteht, und von deren Nichtbestehen er Kenntnis hatte, entweder selbst behauptet, oder wenn sie von einer andern Person geltend gemacht werden, anerkennt. Ist das Rechtsgeschäft oder die Forderung gar nicht geltend gemacht worden, so wird allerdings das Vorhandensein der Benachteiligungsabsicht nicht leicht angenommen werden.[1]) Wenn sie vorliegt, kommt es aber auf die Thatsache der Geltendmachung nicht an. Der in Frage stehende Thatbestand liegt auch dann vor, wenn die Fortdauer einer ältern bereits getilgten Schuld oder das Bestehen eines nicht begründeten Vorzugsrechtes behauptet oder anerkannt worden ist.[2]) Dasselbe gilt, wenn eine Forderung nur teilweise erdichtet worden ist, z. B. von dem Schuldner eine zum Teil getilgte Forderung in ihrem vollen frühern Umfange anerkannt wurde.[3]) Bezüglich der Anerkennung kommt es nicht darauf an, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Nichtbestreiten im Prozesse oder durch Unterlassung begründeter Einreden, verabredete Verweigerung der Eidesleistung u. s. w., erfolgt ist.[4]) Das Nichtvorbringen der Verjährungseinrede genügt, selbst wenn es zum Zwecke der Benachteiligung der Gläubiger erfolgt, nicht, um die Anwendung des § 209 zu rechtfertigen; denn da die Verjährung nur dann wirkt, wenn sie ausdrücklich geltend gemacht wird, besteht die verjährte Forderung an sich zu Recht, kann also nicht als eine „erdichtete" bezeichnet werden. Auch wenn der Schuldner die eingetretene Verjährung nicht verschweigt, sondern nur erklärt, er schütze die Einrede nicht vor, muss das Gericht die Forderung als begründet anerkennen.[5]) Dagegen kann die Anerkennung einer bereits vor dem Beginne eines Geschäftes simulierten Schuld unter die Vorschrift der Z. 2 fallen. Dass das Rechtsgeschäft oder die Schuld erdichtet wurde, muss erwiesen werden. Dem Beschuldigten liegt nicht die Verpflichtung ob deren Entstehen nachzuweisen.[6])

Wer im Einverständnis mit dem Gemeinschuldner eine erdichtete Forderung im Kv. anmeldet, ist nicht aus § 212, sondern als Gehilfe nach § 209 und § 49 St.-G.-B. zu bestrafen.[7])

4. *Unterlassung der Führung von Handelsbüchern.* (Z. 3).

a) In Z. 3 wird zunächst vorausgesetzt, dass der Schuldner zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet war; er muss also Vollkaufmann im Sinne des H.-G.-B. gewesen sein. Über das Vorhandensein dieser Voraussetzung hat der Strafrichter selbständig zu entscheiden. Die Verpflichtung zur Buchführung muss als wesentliches Thatbestandsmerkmal in jedem Falle ausdrücklich festgestellt werden; es genügt jedoch die Feststellung, dass der Angeklagte die nach Art. 28, 29 H.-G.-B. für ihn begründeten Verpflichtungen durch ein näher zu bezeichnendes Verhalten verletzt habe.[8]) Auch die Frage, ob der Angeklagte Vollkaufmann ist, muss hiernach von Amts wegen, also selbst dann geprüft werden, wenn der Angeklagte den Einwand, dass er Minderkaufmann, sonach zur Buchführung nicht verpflichtet sei, nicht vorgebracht hat. Die blosse Feststellung, dass er

[1]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 20, 21.

[2]) Oppenhoff S. 719 Nr. 43; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6a; v. Schwarze S. 823 Nr. 10; v. Sarwey S. 878 Nr. 6; Wengler S. 703; v. Wilmowski S. 503 Nr. 4; sächs. O.-A.-G. 2. März 1874, Ann. Bd. 20 S. 139.

[3]) Sächs. O.-A.-G. 4. Jan. 1875, Ann. Bd. 20 S. 501 ff.

[4]) Oppenhoff S. 719 Nr. 43; v. Schwarze S. 829 Nr. 9 und 11; v. Völderndorff Bd. 3 S. 20; Wengler S. 703.

[5]) Oppenhoff S. 719 Nr. 43; Willenbücher S. 241 Nr. 12. A. M.: v. Schwarze S. 823 Nr. 11.

[6]) Oppenhoff S. 719 Nr. 44; v. Schwarze S. 824; v. Sarwey S. 878 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 3 S. 21; Wengler S. 703; v. Wilmowski S. 478 Nr. 4.

[7]) Oppenhoff S. 719, 720 Nr. 45; v. Schwarze S. 824 Nr. 12; Wengler S. 703; Willenbücher S. 241 Nr. 12.

[8]) R.-G. (III.) 5. Juni u. 23. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 32, 377.

Kaufmann sei, genügt nicht, weil sich daraus die Verpflichtung zur Buchführung noch nicht ergiebt.[1]) Gehört der Schuldner zu den in Art. 10 H.-G.-G. aufgezählten Personen (den sogenannten Minderkaufleuten), so macht ihn der Umstand, dass er keine Bücher führte, nicht strafbar. Höker, Trödler und Hausierer sind ohne Rücksicht auf den Umfang des Betriebes,[2]) und Personen, welche einen ähnlichen Handel betreiben, dann von der Verpflichtung zur Buchführung befreit, wenn ihr Gewerbe nur einen geringen Umfang hat; zu den letzteren Geschäften gehört der „Gewerbebetrieb im Umherziehen“, welcher nicht mit dem „Hausierhandel“ identisch ist; letzterer Begriff bezieht sich auf den Handel mit Waren, die der umherziehende Krämer in Körben, Kästen, Wagen oder ähnlichen Behältnissen mit sich führt, nicht aber auf den Betrieb des Viehhandels im Umherziehen; bei diesem ist daher der Umfang des Betriebes für die Feststellung der Verpflichtung zur Buchführung maassgebend.[3]) Der Hausierhandel ist immer Detailhandel[4]) und unterscheidet sich vom Marktverkehr dadurch, dass bei letzterem das Umherziehen fehlt und das Angebot nicht jeweils an einzelne, sondern an das Publikum im allgemeinen erfolgt.[5]) Überhaupt trifft Art. 10 H.-G.-B. nicht auf alle Kaufleute von geringem Betrieb zu,[6]) es genügt weder die Ähnlichkeit des Betriebes mit dem der Höker u. s. w., noch der geringe Umfang desselben für sich allein.[7]) So sind z. B. Weinhändler und Cigarrenverkäufer auch bei geringem Umfange des Geschäfts zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet.[8]) Andererseits wird auch nicht ein sehr geringer Betrieb vorausgesetzt.[9]) Wird ein Geschäft zugleich als Hausierhandel und als Ladengeschäft[10]) oder abwechselnd bald auf Jahrmärkten bald im Laden[11]) betrieben, so ist der Umfang des Geschäfts im ganzen maassgebend. Zieht der Inhaber einer ständigen Niederlassung lediglich mit Proben umher, um für diese Kunden zu gewinnen, so liegt ein Hausierhandel überhaupt nicht vor;[12]) dasselbe gilt auch dann, wenn der Kaufmann nur an Ladenbesitzer als Wiederverkäufer seine Ware vertreibt, denn er zieht in diesem Fall nicht von Haus zu Haus, sondern sucht nur die Kaufleute seines Geschäftszweiges auf.[13]) Weiter ist die Verpflichtung zur Buchführung abgenommen: den Wirten jeder Art, einschliesslich der Besitzer grösserer Gasthöfe, und den „gewöhnlichen“ Schiffern und Fuhrleuten, d. h. denjenigen Gewerbetreibenden dieser Art, welche nur einen geringen, nicht kaufmännisch eingerichteten, Geschäftsbetrieb haben. Zum Teil ist die Befreiung von der Verpflichtung zur Buchführung auch von der Landesgesetzgebung abhängig (Art. 10 Abs. 1 u. 3 H.-G.-B.).[14]) Endlich sind befreit „Personen, deren Gewerbe nicht über den Handwerksbetrieb hinausgeht.“ Die Frage, ob dies der Fall ist, kann aber nur bei solchen Geschäften aufgeworfen werden, welche in der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen bestehen (Art. 271

[1]) R.-G. (III.) 11. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 35 ff., bes. S. 36. A. M.: R.-G. (II.) 17. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 49.

[2]) R.-G. (III.) 30. März 1889 und bez. des Begriffes »Höker« 2. Dez. 1887, Jur. Woch. 1889 S. 228 und 1888 S. 64, Rechtspr. Bd. 9 S. 690. A. M.: Oppenhoff S. 720 Nr. 48, 49.

[3]) R.-G. (I.) 8. Mai 1890, Entsch. Bd. 20 S. 387 ff.

[4]) R.-G. (II.) 19. Dez. 1890, Jur. Woch. S. 55, 56.

[5]) R.-G. (I.) 30. Dez. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 62 u. Jur. Woch. 1890 S. 65.

[6]) R.-G. (I.) 30. Okt. 1889, Entsch. Bd. 20 S. 168 u. Bl. f. R.-A., Erg.-Bd. 8 S. 379.

[7]) R.-G. (I.) 21. Nov. 1881, (II.) 17. Sept. 1886, Rechtspr. Bd. 3 S. 720 ff., Bd. 8 S. 541, 542.

[8]) R.-G. (I.) 28. März 1881, Entsch. Bd. 4 S. 281 ff.

[9]) R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 120 ff.

[10]) R.-G. (II.) 17. Sept. 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 541; (III.) 6. Okt. 1890, R.-Anz. 1890, bes. Beil. S. 565; Oppenhoff S. 721 Nr. 50.

[11]) R.-G. (IV.) 19. Jan. 1892, Entsch. Bd. 22 S. 309.

[12]) R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 120 ff.

[13]) R.-G. (II.) 19. Dez. 1890, Jur. Woch. S. 55, 56 u. R.-Anz. 1891 Beil. S. 92.

[14]) Bezüglich der thüring. Länder vgl. R.-G. (III.) 17. April u. 16. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 340; hinsichtlich Preussens R.-G. (I.) 21. Nov. 1881, Rechtspr. Bd. 3 S. 722.

Z. 1 und 272 Z. 1 H.-G.-B.).[1]) Der Handwerker wird zwar Kaufmann dadurch, dass er sich das Material für den Handwerksbetrieb selbst anschafft, Vollkaufmann jedoch nur dann, wenn das Anschaffungsgeschäft über den Bedarf eines handwerksmässigen Betriebes hinausgeht.[2]) Vollkaufmann ist ferner gemäss Art. 272 Z. 1 H.-G.-B. der Inhaber einer Dampfwaschanstalt oder einer Anstalt zur chemischen Kleiderreinigung; denn die Bearbeitung braucht keine solche zu sein, dass dadurch die Sache eine andere wird.[3]) Endlich wird auch ein Handwerker, welcher nebenbei zugleich mit fremden Fabrikaten handelt, dadurch nicht unbedingt, sondern nur dann Vollkaufmann, wenn dieser Handel das Maass des bei solchen Handwerkern allgemein oder an einzelnen Orten üblichen Umfanges übersteigt.[4]) Die Grösse des Umsatzes und die Zahl der Arbeiter ist hierbei nicht allein entscheidend;[5]) wichtiger ist die Stellung des Geschäftsherrn zum Betrieb, indem jener beim Handwerk selbst mitarbeitet, bei fabrikmässigem Betrieb aber nur die Leitung des Geschäftes hat.[6])

b) Gleichgültig ist bei Beurteilung des Umfanges eines Betriebes, ob darin Maschinen benutzt werden[7]) und ob die Ausdehnung über den Umfang des Handwerkes hinaus von Anfang an beabsichtigt war, oder ob der Betrieb diese Ausdehnung erst im Laufe der Zeit erlangt hat.[8]) Unerheblich ist ferner, ob für die Herstellung von Geschäftsverbindungen Geschäftsreisen unternommen wurden oder nicht.[9]) Das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft wird nicht durch die geringe Höhe des Steuersatzes oder den Mangel der Eintragung im Handelsregister berührt;[10]) ebensowenig dadurch, dass der Kaufmann neben seinem kaufmännischen Geschäfte noch ein nichtkaufmännisches (Wirtschaft)[11]) oder Hausierhandel betreibt.[12]) Die Kaufmannseigenschaft fehlt demjenigen Bauunternehmer, welcher gewerbsmässig Baumaterial einkauft und den Preis für die fertiggestellten Bauten bezieht.[13]) Anders liegt aber die Sache, wenn er die Absicht verfolgte, die angeschafften Materialien als bewegliche Sachen weiter zu veräussern. Der Minderjährige, welcher ohne vormundschaftliche Genehmigung ein Handelsgewerbe betreibt, kann als Kaufmann nicht angesehen werden, da ihm die Fähigkeit zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes fehlt; die von ihm vorgenommenen, an sich unwirksamen Handlungen können deshalb auch nicht die Wirkung haben, ihn zum Kaufmanne zu machen.[14])

c) Von mehreren offenen Handelsgesellschaftern und persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft ist zwar jeder zur Buchführung persönlich verpflichtet, sofern er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausge-

1) Oppenhoff S. 721 Nr. 53.

2) R.-G. (I.) 22. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 507; (II.) 19. Febr. 1892, Jur. Woch. S. 201 Nr. 4.

3) R.-G. (IV.) 2. Okt. 1891, Entsch. Bd. 22 S. 271.

4) R.-G. (III.) 24. Nov. 1890, Entsch. Bd. 21 S. 209 ff.

5) R.-G. (I.) 8. Nov. 1890 u. 12. März 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 295 u. R.-Anz. 1891, Beil. S. 259.

6) R.-G. (I.) 12. März 1891 a. a. O.

7) R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 127, 128; über die Grenze zwischen Fabrik- und Handwerksbetrieb, besonders (III.) 2. Juli 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 488, Jur. Woch. 1883 S. 220 Oppenhoff S. 721 Nr. 53.

8) R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886 a. a. O.; Oppenhoff S. 722 Nr. 53.

9) R.-G. (I.) 12. April 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 233.

10) Oppenhoff S. 721 Nr. 50 und S. 713 Nr. 11, 12; Rüdorff-Stenglein S. 649; Willenbücher S. 243; R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 120.

11) R.-G. (I.) 28. März 1881 u. 8. Febr. 1883, Entsch. Bd. 4 S. 281, Bd. 8 S. 147, 148; (IV.) 4. Nov. 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 694.

12) R.-G. (IV.) 30. Jan. 1885, Rechtspr. Bd. 7 S. 65.

13) Oppenhoff S. 712 Nr. 7; R.-G. (IV.) 18. Jan. 1889, Entsch. Bd. 18 S. 363 ff.

14) Pr. Obertrib. 15. Sept. 1879, Arch. f. Strafr. Bd. 27 S. 542; Rüdorff-Stenglein S. 645 Nr. 2 a. E. A. M.: Oppenhoff S. 713 Nr. 14.

schlossen wurde.[1]) Allein aus § 209 kann nur derjenige Gesellschafter bestraft werden, welcher in Benachteiligungsabsicht gehandelt hat; in Ermangelung dieses Nachweises kommt § 210 zur Anwendung. Insbesondere kann man von demjenigen, der die Buchführung mit Rücksicht auf die Geschäftsverteilung vernachlässigt hat, nicht sagen, er habe beabsichtigt, die Gläubiger zu benachteiligen. Das letztere gilt auch für die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft. Wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsieht, so sind diese für jene Handlungen verantwortlich, welche sie seit ihrem durch Erbgang erfolgten Eintritt in die Gesellschaft in Benachteiligungsabsicht vorgenommen haben. Ob zur Zeit des Erbganges alle Gesellschafter ihrem Eintritte zugestimmt hatten, ist unerheblich, weil der Eintritt auf Grund des frühern Vertrages erfolgt. Aus § 210 haften die Erben auch für die seit der Zeit ihres Eintrittes ohne Benachteiligungsabsicht begangenen Handlungen bezw. Unterlassungen.[2]) Wenn ein Gesellschafter die Buchführung im Hinblicke auf eine bevorstehende Zahlungseinstellung oder K.-E. unterlassen hat, so schützt ihn der Umstand nicht gegen Strafe, dass er vor Eintritt der letztgenannten Ereignisse ausgetreten ist, sofern nur die Zahlungseinstellung oder K.-E. die von ihm vorausgesehene, d. h. die Folge der zur Zeit seiner Teilnahme an der Gesellschaft schon vorhandenen Überschuldung war.[3])

d) Obgleich die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern vorliegt, kann Strafe aus § 209 nicht eintreten, wenn die Unterlassung lediglich auf Unkenntnis oder Unfähigkeit des Verpflichteten beruht; denn beide Thatsachen schliessen logisch die Benachteiligungsabsicht aus[4]) (Bez. des § 210 vgl. Bem. III. 3). Ob jemand Vollkaufmann ist und ob der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausreicht oder nicht, ist eine Rechtsfrage. Der aus falscher Beantwortung dieser Fragen entspringende Irrtum über die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern ist daher nicht nach § 59 St.-G.-B., sondern als Rechtsirrtum zu behandeln.[5]) Dasselbe gilt von irrtümlicher Auffassung der Art. 28, 29 H.-G.-B.[6]) Nur ein Irrtum über diejenigen Thatsachen, nach welchen der Schuldner den Umfang oder die Art seines Geschäftes beurteilte, begründet einen nach § 59 erheblichen Irrtum über die Grundlagen der Verpflichtung.[7]) Auch dieser entschuldigt aber nach Abs. 2 dieses § nur dann, wenn die irrtümliche Beurteilung der Thatsachen nicht selbst auf Fahrlässigkeit beruhte.[8]) Die Feststellung, dass der Handlung bezw. Unterlassung ein Rechtsirrtum zu Grund liegt, schliesst logisch die Benachteiligungsabsicht aus.[9]) Anders liegt die Sache in den Fällen des § 210, weil dort die Verurteilung Benachteiligungsabsicht nicht voraussetzt.

e) Welche Bücher der Vollkaufmann führen muss, ist nur im allgemeinen bestimmt (Art. 28 ff. H.-G.-B.). In jedem einzelnen Falle ist zu entscheiden, ob nach kaufmännischen Grundsätzen ein bestimmtes Buch geführt werden musste, damit für das in Frage stehende

[1]) R.-G. (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 359 ff., Jur. Woch. 1883 S. 220, 221; (IV.) 30. April 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 331, 332; (II.) 18. Jan. 1889, Jur. Woch. 1889, S. 103.

[2]) R.-G. (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 359 ff.

[3]) Rüdorff-Stenglein S. 649; R.-G. (III.) 21. April 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 628, Arch. f. Strafr. Bd. 28 S. 446. Das R.-G. spricht den Satz zwar nur zu § 210 aus; er muss aber auch zu § 209 gelten; sonst könnte sich der Gesellschafter sehr leicht der Strafe entziehen.

[4]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 23.

[5]) R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan. 1882, 1. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 35 ff. u. 92 ff., Entsch. Bd. 5 S. 407 ff., bes. S. 409, 410; R.-G. (I.) 8. Febr. 1883, Entsch. Bd. 8 S. 149; (III.) 11. Juni 1883, Jur. Woch. 1883 S. 221; R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886 u. (II.) 4. Juni 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 127 ff., 422.

[6]) R.-G. (III.) 13. März u. 5. Juni 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 467 ff., Bd. 2 S. 32, 33.

[7]) R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan., 1. Febr. 1882 a. a. O.

[8]) R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan. 1882 a. a. O.

[9]) v. Schwarze, S. 825 Nr. 17; v. Völderndorff Bd. 3 S. 23.

Geschäft der erforderliche Überblick über die vorgenommenen Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens gewährt wird. Es genügt aber, um die Strafbarkeit zu begründen, dass ein einziges Buch, dessen Notwendigkeit feststeht, nicht geführt worden ist. Zu den Handelsbüchern ist auch das von dem Kaufmanne bei Beginn des Geschäftes zu errichtende Vermögensverzeichnis,[1]) das regelmässig zu errichtende Inventar[2]) sowie die alljährlich zu ziehende Bilanz[3]) zu rechnen. Ob das Fehlen der Unterschrift die rechtliche Nichtigkeit der Bilanz bewirkt, ist zwar zweifelhaft (Bem. III. 4), doch kann jedenfalls von einer in Benachteiligungsabsicht erfolgten Unterlassung der Bilanzziehung nicht die Rede sein, wenn an der Bilanz lediglich die Unterschrift fehlt. Die dem Kaufmanne nach Art. 29 H.-G.-B. obliegende Verpflichtung zur Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses bei Beginn des Geschäftes (sogenannte Eröffnungsbilanz) ist in dem Zeitpunkte zu erfüllen, in welchem der Kaufmann beginnt, Geschäfte zu machen;[4]) es muss daher auch schon in diesem Zeitpunkte die Benachteiligungsabsicht vorhanden gewesen sein. Dieses Verzeichnis ist beim Geschäftsbeginne auch dann zu errichten, wenn der Kaufmann sein Geschäft ohne eigenes Vermögen beginnt;[5]) ebenso dann, wenn es sich nur um die Fortsetzung eines bestehenden von einem andern Einzelkaufmanne übernommenen Geschäftes handelt, oder wenn der Kaufmann, welcher Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft war, das Geschäft dieser Gesellschaft nach Austritt der übrigen Gesellschafter als Einzelkaufmann fortführt oder durch Ausscheiden einzelner und Eintritt anderer Mitglieder eine neue Gesellschaft an die Stelle der alten tritt.[6]) Indem an die Stelle der Gesellschaft ein Einzelkaufmann tritt, beginnt ein neuer Geschäftsbetrieb.[7]) Die Verletzung der Verpflichtung zur alljährlichen Bilanzziehung kommt hier nur als besonderer Fall unordentlicher Buchführung in Betracht (Z. 4); die verspätete oder unterlassene Bilanzziehung an sich ist, wie sich aus der verschiedenen Fassung der §§ 209 und 210 ergiebt, nur als einfacher, nicht auch als betrüglicher Bankerutt strafbar. Nicht strafbar aus § 209 ist daher ein Schuldner, der, sei es auch in Benachteiligungsabsicht, einmal oder mehrmals die Bilanzziehung überhaupt oder die rechtzeitige Bilanzziehung unterlassen hat, sofern seine übrige Buchführung die vollständige Vermögensübersicht gewährt. Auch Briefkopierbücher sind nach Art. 28 H.-G.-B als notwendige Handelsbücher anzusehen.[8]) Dagegen gehören nicht dazu blosse Notizbücher, welche bestimmt sind, die Grundlage für die Einträge in die Handelsbücher zu bilden. Kann die Führung solcher Bücher nicht von der Strafe aus § 210 befreien,[9]) so kann die absichtliche Unterlassung ihrer Führung auch nicht nach § 209 bestraft werden. Ebenso verhält es sich mit Handelsbüchern, welche aus einer Sammlung loser Blätter bestehen.[10])

[1]) Pr. Obertrib. 8. Febr. 1876, Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 17. S. 96 ff.; Rüdorff-Stenglein S. 650. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 24.

[2]) Pr. Obertrib. 18. Juli 1875, Rechtspr. Bd. 13 S. 429 ff.; Oppenhoff S. 722 Nr. 55.

[3]) Oppenhoff S. 722 Nr. 55; R.-G. (III.) 5. April 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 226; (I.) 18. Febr. u. 13. Juli 1885, Entsch. Bd. 13 S. 354 ff., Rechtspr. Bd. 7 S. 492, 493.

[4]) R.-G. (III.) 12. April 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 316, Jur. Woch. 1882 S. 160; (IV.) 27. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312, 313 Anm.

[5]) R.-G. (III.) 12. April 1882 a. a. O.; (IV.) 21. Okt. 1890, Jur. Woch. S. 432, 433 u. Arch. f. Strafr. Bd. 39 S. 46.

[6]) R.-G. (III.) 23. März 1891, Jur. Woch. S. 295. Nr. 2.

[7]) Oppenhoff S. 722 Nr. 55; R.-G. (III.) 28. Febr. u. 26. Nov. 1887, 9. Juni 1890, Entsch. Bd. 16 S. 55, 56, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312, Jur. Woch. 1890 S. 271 Nr. 2.

[8]) Oppenhoff S. 722 Nr. 56; v. Völderndorff Bd. 3 S. 24.

[9]) Oppenhoff S. 722 Nr. 55; Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Schwarze S. 824 Nr. 14; Willenbücher S. 244; R.-G. (II.) 9. April 1880, (III.) 14. Mai 1881, Rechtspr. Bd. 1 S. 562, Bd. 3 S. 304 ff.

[10]) R.-G. (I.) 16. April 1888, Entsch. Bd. 17 S. 301.

5. *Vernichtung, Verheimlichung, Veränderung u. s. w. von Handelsbüchern.* (Z. 4.)

a) In Z. 4 wird nicht vorausgesetzt, dass der Beschuldigte zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet war. Vielmehr begründen die im Gesetze vorgesehenen Handlungen auch dann die Strafbarkeit, wenn es der Führung derjenigen Bücher gar nicht bedurft hätte, deren Vernichtung u. s. w. in Frage steht. Diese Abweichung gegenüber der Vorschrift in § 210 erklärt sich daraus, dass in § 209 die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, vorausgesetzt wird.[1]) Die vernichteten Bücher müssen aber immerhin „Handelsbücher" im Sinne der Art. 28, 29 H.-G.-B. gewesen sein. Die Vernichtung von Aufschreibungen eines Nichtkaufmannes sowie solcher Aufschreibungen eines Kaufmannes, welche nicht als Handelsbücher gelten (Bem. II. 4), ist aus § 209 nicht strafbar. Da es nicht auf die Verpflichtung, Handelsbücher zu führen, ankommt, so ist auch die nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist (Art. 33 H.-G.-B.) vorgenommene Vernichtung strafbar.[2]) Eine solche liegt sowohl dann vor, wenn das Buch vollständig zerstört, z. B. verbrannt oder in kleine Stücke zerschnitten wurde, als auch dann, wenn die Einträge unleserlich gemacht sind.[3]) Die absichtliche Vernichtung eines einzelnen Handelsbuches erfüllt den Thatbestand auch unter der Voraussetzung, dass die übrigen Bücher die Vermögensübersicht gewähren.[4]) Erfolgte die Vernichtung der Handelsbücher erst nach Befriedigung aller Gläubiger, auf deren Forderungen jene sich bezogen, oder nach vollständiger Erfüllung der aus dem Zw.-V. begründeten Pflichten, so entfällt die Strafbarkeit, weil unter dieser Voraussetzung eine Benachteiligungsabsicht nicht angenommen werden kann.[5]) Wurde das Kv. in ordnungsmässiger Weise aufgehoben, ohne dass die Gläubiger vollständige Befriedigung fanden, so haben diese ein Interesse am Fortbestande der Bücher; es ist daher auch die Benachteiligungsabsicht nicht ausgeschlossen, und im Falle deren Nachweises § 209 Z. 4 anwendbar.[6]) Die Vernichtung eines Handelsbuches ist nicht aus § 209 Z. 4, dagegen aus § 210 Z. 2 (S. 618) strafbar, wenn eine wortgetreue Abschrift davon gefertigt und fortgeführt worden war. In diesem Falle erscheint die Absicht einer Benachteiligung der Gläubiger als ausgeschlossen.[7]) Eine Verheimlichung (Bem. II. 2) kann auch in der zeitweisen Vorenthaltung eines Buches gefunden werden.[8])

b) Bei der Frage, ob die unordentliche Führung oder Veränderung der Bücher bewirkt hat, dass sie keine Übersicht des Vermögensstandes gewähren, wird in der Regel die Absicht des Schuldners im Vordergrunde stehen. Soweit die Beschaffenheit der Bücher in Frage ist, kommt es übrigens nicht darauf an, ob der Beschuldigte selbst daraus einen genügenden Überblick erlangen konnte, sondern darauf, ob die Bücher auch einem sachverständigen Dritten die erforderliche Übersicht gewährten.[9]) Diese Übersicht muss sich auf die ganze Vermögenslage erstrecken, und zwar muss der Einfluss jedes einzelnen Handels-

[1]) Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 818; Oppenhoff S. 723 Nr. 58; v. Sarwey S. 879 Nr. 9; v. Schwarze S. 825 Nr. 18; Wengler S. 704; v. Wilmowski S. 748 Nr. 6. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 25.

[2]) Oppenhoff S. 723 Nr. 60. A. M.: Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Völderndorff Bd. 3 S. 25, 26.

[3]) Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Schwarze S. 825 Nr. 19; v. Völderndorff Bd. 3 S. 25.

[4]) A. M.: Wengler S. 704; v. Wilmowski S. 504 Nr. 6.

[5]) Willenbücher S. 244 Nr. 15; R.-G. (III.) 15. Okt. 1883, Entsch. Bd. 9 S. 134 ff.; (I.) 10. Juni 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 451 ff.

[6]) R.-G. (I.) 8. Dez. 1884 u. 10. Juni 1886, Entsch. Bd. 11 S. 386, Rechtspr. Bd. 8 S. 451 ff. A. M.: Willenbücher S. 244 Nr. 15.

[7]) Oppenhoff S. 723 Nr. 59; v. Sarwey S. 878 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. 3 S. 25; Wengler S. 704.

[8]) Oppenhoff S. 723 Nr. 61; v. Schwarze S. 825 Nr. 19.

[9]) Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 818.; Oppenhoff S. 723 Nr. 63; v. Sarwey S. 828 Nr. 9; v. Schwarze S. 825 Nr. 20; Wengler S. 704; Willenbücher S. 244 Nr. 15; v. Wilmowski S. 504 Nr. 6; R.-G. (II.) 8. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 422 Nr. 3.

geschäftes auf den Vermögensstand erkennbar sein. Irrtümer und Unregelmässigkeiten können durch spätere Änderungen berichtigt werden, so dass zur Zeit der K.-E. eine vollständige Vermögensübersicht ermöglicht ist; die Berichtigung muss aber immer in der Weise erfolgen, dass aus den Büchern auch die früher unrichtig oder gar nicht eingetragenen Handelsgeschäfte richtig erkannt werden können.[1]) Auch sogen. Gefälligkeitsaccepte, Wechselkommissionsgeschäfte und Depotwechsel müssen in die Bücher eingetragen werden.[2]) Ebenso sind diejenigen Wechsel, welche nicht das Geschäft, sondern das Privatvermögen eines Kaufmannes betreffen, zu buchen.[3]) Überhaupt gewähren die Bücher nur dann eine vollständige Vermögensübersicht, wenn aus ihnen auch der Privatverbrauch des Kaufmannes ersichtlich ist.[4]) Falls dieser mehrere Geschäfte betreibt, müssen die Bücher nicht nur Aufschluss über den Betrieb desjenigen Geschäftes geben, für welches eine Pflicht zur Buchführung bestand, sondern auch über den Betrieb eines etwaigen Nebengeschäftes, für das die Verpflichtung fehlt.[5]) Deshalb findet § 209 Anwendung, wenn die Buchführung hinsichtlich einer dieser Beziehungen in Benachteiligungsabsicht unvollständig gelassen wurde, oder wenn in solcher Absicht Änderungen erfolgten, welche die Vermögensübersicht nach diesen Richtungen hin unmöglich machen. Die Frage, ob die Bücher die erforderliche Übersicht gewähren, darf nur verneint werden, wenn die Übersicht nicht bloss erschwert, sondern unmöglich geworden ist, so dass aus den Büchern ohne Zuhilfenahme weiterer Auskunftsmittel die Übersicht nicht gewonnen werden kann.[6]) Jedoch muss zur Ergänzung und Erläuterung der Bücher die Handelskorrespondenz[7]) sowie die Bilanz und das Inventar[8]) herangezogen werden, weil deren Herstellung einen wesentlichen Bestandteil der Buchführung bildet. Deshalb kann auch die absichtliche Unterlassung der in Art. 31 H.-G.-B. geforderten Abschreibungen den Thatbestand erfüllen, sofern hieraus die Unmöglichkeit der Übersicht über den wahren Vermögensstand entspringt. Es genügt nicht, dass aus den Büchern (einschliesslich der Bilanz) alle Vermögensteile ersichtlich sind. Vielmehr kommt es auf die Einstellung mit dem wahren Werte an. Die absichtliche Einstellung falscher Werte ist hiernach absichtlich unordentliche Buchführung.[9]) Ergiebt sich aus den Korrespondenzen, Inventarien und Bilanzen, dass die Bücher falsche Einträge enthalten, so dienen jene nicht bloss zur Ergänzung und Erläuterung, sondern auch als Beweis der unordentlichen Buchführung.[10]) Da Bilanz und Inventar wesentliche Bestandteile der Buchführung sind, so wird diese letztere mangelhaft, sobald die ersteren fehlen oder an wesentlichen Mängeln leiden. Überdies beruht die Richtigkeit der Bilanz auf dem Vorhandensein und der Richtigkeit des Inventars.[11]) Wer in Benachteiligungsabsicht kein oder nur ein mangelhaftes In-

[1]) R.-G. (II.) 8. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 422 Nr. 3.

[2]) Oppenhoff S. 724 Nr. 64; v. Sarwey S. 878 Nr. 9; R.-G. (IV.) 15. März 1882, Jur. Woch. S. 201, 202 Nr. 5.

[3]) Pr. Obertrib. 25. April 1872, Rechtspr. des Obertrib. Bd. 13 S. 273; R.-G. (IV.) 15. März 1892, Jur. Woch. S. 201, 202 Nr. 5.

[4]) Oppenhoff S. 724 Nr. 64; v. Sarwey S. 878 Nr. 9; Willenbücher S. 244 Nr. 15; R.-G. (III.) 1. Febr. 1882, Entsch. Bd. 5 S. 407 ff.

[5]) v. Schwarze S. 826 Nr. 21; R.-G. (III.) 1. Febr. 1882 a. a. O.

[6]) Oppenhoff S. 723, 724 Nr. 63; Rüdorff-Stenglein S. 650; Wengler S. 705; Willenbücher S. 244 Nr. 15, R.-G. (III.) 23. Okt. u. 17. Nov. 1880, 28. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. 2 S. 376, Jur. Woch. 1881 S. 12, Rechtspr. Bd. 2 S. 523 ff., bes. S. 527 ff., Bd. 4 S. 92; abweichend (III.) 30. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 419 ff. und Jur. Woch. 1881 S. 13, insofern hier Strafbarkeit angenommen ist, weil die Gewinnung einer Übersicht selbst für Sachverständige nur mit Aufwand besonderer Mühe möglich war. A. M.: v. Schwarze S. 825 Nr. 20.

[7]) R.-G. (IV.) 15. Jan. 1886, (I.) 16. April 1888, Rechtspr. Bd. 8 S. 61, 62, Bd. 10 S. 297.

[8]) R.-G. (III.) 5. April 1883, (I.) 13. Aug. 1885, Rechtspr. Bd. 5 S. 226, Bd. 7 S. 492, 493.

[9]) R.-G. (I.) 18. Febr. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 354 ff.

[10]) R.-G. (IV.) 15. Jan. 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 61, 62.

[11]) R.-G. (III.) 26. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 315; (I.) 16. April 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 296 ff., bes. S. 298.

ventar errichtet, macht sich daher der absichtlich unordentlichen Buchführung schuldig. Eine absichtlich falsche Buchung bildet aber, solange Zahlungseinstellung oder K.-E. nicht eingetreten ist, nur den Thatbestand des Versuches (Bem. II. 6); war jene zur Zeit der Zahlungseinstellung bezw. K.-E. wieder beseitigt, so liegt Rücktritt vom Versuche vor, und der Schuldner bleibt straflos (§ 46 St.-G.-B.).[1] Unrichtigkeiten erfüllen übrigens den Thatbestand nur, wenn sie für die Gewinnung der Übersicht erheblich sind.[2] Dagegen bleibt die frühere unordentliche Buchführung strafbar, wenn ihre Wirkung, der Mangel der Vermögensübersicht, zur Zeit der Zahlungseinstellung oder K.-E. noch fortdauert, mag auch zu dieser letztern Zeit die Buchführung an sich eine ordentliche sein.[3] Dritte Personen, welche statt des Gemeinschuldners oder in Gemeinschaft mit ihm die Vernichtung bezw. Verheimlichung der Bücher oder die vom Schuldner beabsichtigte unordentliche Buchführung besorgt haben, sind als Gehilfen zu bestrafen.

6. *Versuch und Rücktritt vom Versuche.*

a) Der Versuch des betrüglichen Bankerutts ist strafbar, weil letzterer den Thatbestand eines Verbrechens bildet (§ 1 Abs. 1, § 43 St.-G.-B.). Er kann in der Weise erfolgen, dass der Schuldner, nachdem er die Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Kv. eröffnet ist, seinen Entschluss, das Verbrechen des betrüglichen Bankerutts zu begehen, durch ein Verhalten bethätigt, welches den Anfang der Ausführung einer der in § 209 Z. 1—4 bezeichneten Handlungen enthält. Ein Versuch ist aber auch gegeben, wenn eine solche Handlung in Benachteiligungsabsicht vorgenommen wurde, dagegen sowohl die Zahlungseinstellung als die K.-E. ausgeblieben ist, weil sie durch Umstände verhindert wurden, welche vom Willen des Schuldners unabhängig waren. Der Thatbestand erfordert nur das äussere Zusammentreffen der zwei Thatsachen: einer in Benachteiligungsabsicht vorgenommenen Handlung der in § 209 bezeichneten Art und der Zahlungseinstellung oder K.-E. Darauf, ob der Schuldner beabsichtigt hatte, die Zahlungseinstellung oder K.-E. durch jene Handlungen herbeizuführen, kommt es nicht an, da weder ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden Thatsachen noch ein Verschulden hinsichtlich der letztern erforderlich ist (Bem. I. 4 u. II. 1). Das Vorhandensein der Benachteiligungsabsicht lässt vielmehr immer darauf schliessen, dass der Schuldner sich den Eintritt der Zahlungseinstellung oder K.-E. als in naher Aussicht stehend vor Augen stellte, und dass er gerade für den Fall des Eintrittes dieser Ereignisse handeln wollte. Beabsichtigt er auch nicht, sie erst herbeizuführen, so nimmt er sie doch in seine Berechnung mit auf; er will für den Fall der Zahlungseinstellung oder K.-E. einen Zustand schaffen, der sich mit dem Thatbestande des betrüglichen Bankerutts deckt. Seine auf dieses Ziel gerichteten Handlungen enthalten hiernach einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens.[4]

b) Rücktritt vom Versuche liegt bei vorausgegangener Zahlungseinstellung oder K.-E. vor, wenn der Schuldner die vollständige Ausführung der unternommenen Handlungen (Z. 1—4) aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände verhindert wurde, welche von seinem Willen unabhängig waren. Dagegen kann die Bestrafung nicht

[1] R.-G. (III.) 2. April 1881, Rechtspr. Bd. 3 S. 190. A. M. anscheinend Rüdorff-Stenglein S. 650.

[2] Oppenhoff S. 724 Nr. 63; R.-G. (III.) 17. Nov. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 523 ff., bes. S. 528, 529; (I.) 10. Jan. 1887, Entsch. Bd. 15 S. 174 ff.

[3] R.-G. (I.) 21 Nov. 1880 u. 8. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. 3 S. 720 ff., Jur. Woch. 1889 S. 61.

[4] Geyer, Bd. 2 S. 67 § 104 Nr. 8; Hälschner, Bd. 2 S. 412; Meyer S. 739; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 820; Neumeyer S. 173, 174; Oppenhoff S. 718; Willenbücher S. 241 Nr. 7; R.-G. (I.) 9. Nov. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 41 ff. A. M.: Baumgarten J., Die Lehre v. Versuche der Verbr. S. 367 ff.; v. Liszt, S. 478 § 136 Nr. 3e; v. Schwarze S. 826 Nr. 22; v. Völderndorff Bd. 3 S. 8.

durch thätige Reue d. h. durch Verhinderung der Benachteiligung abgewendet werden.[1]) Da der benachteiligende Erfolg nicht zum Thatbestande gehört, ist es unerheblich, ob er eingetreten und wie er verhindert worden ist. War zur Zeit der Zahlungseinstellung oder K.-E. der frühere Zustand dadurch wieder hergestellt, dass die beiseitegeschafften Sachen wieder zur Stelle geschafft oder die verpflichtenden Erklärungen freiwillig und in rechtswirksamer Weise beseitigt worden sind, und ist derjenige Mangel der Buchführung, welcher die vollständige Vermögensübersicht hinderte, derart gehoben, dass jeder sachverständige Dritte aus den Büchern eine der wahren Sachlage entsprechende Vermögensübersicht gewinnen kann, so fehlt dagegen das Zusammentreffen der Thatbestandsmerkmale (Bankeruttkandlung mit Zahlungseinstellung oder K.-E.), kann sonach Bestrafung nicht erfolgen. Wenn der frühere Zustand nicht wieder hergestellt werden konnte, so kann von Rücktritt oder thätiger Reue nicht die Rede sein. Insbesondere genügt es nicht, dass der Schuldner nach Vornahme der Bankeruttkandlung sich mit Erfolg bemüht hat, die Zahlungseinstellung und K.-E. abzuwenden. Rücktritt lässt sich hier nicht annehmen, weil Zahlungseinstellung und K.-E. nicht als Teil der vorsätzlichen Thätigkeit des Schuldners in Betracht kommen, thätige Reue nicht, weil die beiden abgewendeten Ereignisse nicht als Erfolg der Bankeruttkandlung in den Thatbestand aufgenommen worden sind (Bem. I. 4).

III. Einfacher Bankerutt. (§ 210.)

1. Allgemeine Voraussetzungen.

a) Damit der Thatbestand des vollendeten einfachen Bankerutts vorliegt, wird ebenso wie bei dem betrüglichen Bankerutte vorausgesetzt, dass über das Vermögen des Beschuldigten das Kv. eröffnet worden ist oder er seine Zahlungen eingestellt hat (Bem. II. 1). Dagegen ist es hier nicht erforderlich, dass dieser die Absicht hatte, durch die von ihm vorgenommenen Handlungen seine Gläubiger zu benachteiligen. Daraus folgt jedoch nicht, dass die einzelnen in Z. 1—3 aufgeführten sogen. Bankeruttkandlungen beim Zusammentreffen mit Zahlungseinstellung oder K.-E. auch dann den Thatbestand des einfachen Bankerutts erfüllen, wenn jene ohne Verschulden begangen sind.[2]) Die allgemeinen Grundsätze über Zurechnung,[3]) Zurechnungsfähigkeit und Berücksichtigung des Irrtumes (§ 59 St.-G.-B.) hätten auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn die Bankeruttkandlung weder eine vorsätzliche noch eine fahrlässige sein müsste (Vorbem. III. 1). Aber auch abgesehen von diesem Zugeständnisse, durch das der Satz, dass der einfache Bankerutt überhaupt kein Verschulden voraussetze, sehr erheblich abgeschwächt wird, lässt sich dieser nicht aufrecht erhalten. Es giebt zwar Fälle, in welchen ohne Rücksicht auf das Verschulden des Thäters eine Strafe angedroht wird. Diese Fälle bilden aber eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze; es kann daher von dem Erfordernisse des Verschuldens nur abgesehen werden, soweit dies im Gesetze selbst ausdrücklich verfügt oder wenigstens mittelbar daraus erkennbar ist. Aus dem Gesetze lässt sich aber nur die darauf gerichtete Absicht entnehmen, dass Zahlungseinstellung und K.-E. ihre Wirkung äussern, obgleich sie nicht durch ein Verschulden herbeigeführt worden sind.

[1]) A. M.: Neumeyer S. 175.

[2]) Die Theorie, dass auch die schuldlos begangene Bankeruttkandlung den Thatbestand erfülle, vertreten im Anschlusse an die Rechtspr. des frühern pr. Obertrib.: Berner S. 594 Nr. II.; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 824; Rüdorff-Stenglein S. 651 Nr. 1; v. Sarwey S. 879; v. Schwarze S. 827 Nr. 1; Wengler S. 706; Willenbücher S. 245 Nr. 3. Dieselbe Auffassung lag den ältern Entscheidungen des R.-G. (III.) 11. Jan., 28. Jan. u. 1. Febr. 1882, 11. Juni 1883, Rechtspr. Bd. 4 S. 35 ff., 92 ff., Bd. 5 S. 425, 426, Entsch. Bd. 5 S. 407 ff., bes. S. 409, 410; (I.) 18. Febr. 1885, Entsch. Bd. 13 S. 354 ff., bes. S. 359 ff. zu Grunde. Dagegen: Kleinfeller im Gerichtssaal Bd. 43 S. 167 ff.; Neumeyer S. 142 ff.

[3]) R.-G. (III.) 11. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 35 ff., bes. S. 36.

b) Dagegen muss in Ermangelung eines besondern Hinweises angenommen werden, dass die sogen. Bankerutthandlungen nur insoweit in Betracht kommen, als sie auf einem Verschulden beruhen. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Bankerutthandlungen. Auch die letztern sollen durch die Vorschrift des § 210 betroffen werden, obgleich dies nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Der Zweck des § 210 besteht sogar hauptsächlich darin, dass ausser den vorsätzlichen auch die leichtsinnigen Bankerutthandlungen bestraft werden sollen. Es giebt auch keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Fahrlässigkeit nur dann bestraft wird, wenn sie ausdrücklich bedroht ist; vielmehr kann die Ausdehnung des Thatbestandes auf fahrlässige Handlungen auch dem Grund und Zwecke des Gesetzes zu entnehmen sein.[1]) Ein schuldhaftes Verhalten muss aber unter allen Umständen gefordert werden. Das Reichsgericht geht denn auch seit dem Urteile der verein. Strafsen. v. 9. Jan. 1886 davon aus, dass die sogen. Bankerutthandlung nur dann den Thatbestand erfülle, wenn sie eine schuldhafte sei. Weiter nimmt es allerdings an, dass eine schuldhafte Pflichtverletzung jeder Art genüge, nicht gerade Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen müsse.[2]) Eine dritte Art des Verschuldens ist jedoch nicht denkbar. Meves verweist auf § 316 Abs. 2 St.-G.-B., bezüglich dessen allgemein angenommen wird, dass er die „zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahnen und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen“ mit Strafe bedroht, sofern nur eine Vernachlässigung ihrer Pflichten und im ursächlichen Zusammenhange mit der pflichtwidrigen Thätigkeit oder Unterlassung die Gefährdung eines Transportes nachgewiesen ist, mag auch bezüglich dieses Erfolges weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit gegeben sein.[3]) Hier besteht das Verschulden allerdings nicht darin, dass der Thäter gehandelt hat, obgleich er die Gefährdung vorausgesehen hat, oder doch hätte voraussehen müssen (bezw. können), sondern nur darin, dass er seine Pflichten vernachlässigt hat. Aber auch eine derartige Pflichtverletzung ist immer nur gegeben, wenn der Angestellte seine Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig verletzt; es ist nur nicht erforderlich, dass der Thäter die Folgen der Pflichtverletzung gleichfalls erkannt hat oder hätte erkennen können. Auch eine Verletzung der aus § 210 abzuleitenden Rechtspflichten liegt deshalb nur dann vor, wenn der Angeklagte vorsätzlich oder in fahrlässiger Weise eine Bankerutthandlung vorgenommen hat.[4]) Hinsichtlich des Verbrauchs übermässiger Summen (§ 210 Z. 1) muss daher ent-

[1]) Berner S. 126 Anm. 1; Hälschner Bd. 1 S. 325 Text u. Anm. 2; Kleinfeller, Reichsges. vom 5. April 1888 S. 86 (Gesetzgebg. d. D. Reichs Teil III. Bd, 5 S. 196) u. im Gerichtssaal Bd. 43 S. 169, 170; v. Liszt S. 187 § 41 Nr. IV.; Neumeyer S. 148; R.-G. (I.) 27. Mai 1881, Entsch. Bd. 4 S. 236; (III.) 4. Jan. 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 8, 9; (II.) 11. Mai 1887, Entsch. Bd. 16 S. 98 ff., bes. S. 100. A. M.: Binding, Handb. d. Strafr. Bd. 1 S. 310, 311 und anscheinend auch Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 389.

[2]) So besonders R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. 14 S. 87; wohl auch folgende Entscheidungen, die sich über die Art des Verschuldens nicht ausdrücklich äussern: (I.) 18. Febr. 1885, verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 359 ff., 242 ff.; (IV). 4. Jan. 1887, Rechtspr. Bd. 9 S. 5; (II.) 25. Febr. 1887, Entsch. Bd. 15 S. 309 ff. Andere Urteile heben nur hervor, dass sowohl Vorsatz als Fahrlässigkeit bedroht seien, ohne erkennen zu lassen, dass sie das Verschulden auf diese beiden Formen beschränken: (II.) 1. Nov. 1887, Rechtspr. Bd. 9 S. 546, 547; (IV.) 1. Nov. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 272 a. E.; (I.) 16. April 1888; (IV.) 13. Juli 1888; (II.) 6. Nov. 1891, Rechtspr. Bd. 10 S. 298, 487, R.-Anz. 1892, bes. Beil. S. 20; zustimmend Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 390, 391; Oppenhoff S. 725 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. 3 S. 27. Vgl. dag. Hälschner Bd. 2 S. 414 Anm. 5; Meyer S. 739 § 97 Anm. 35; Rohland, Gefahr im Strafr. S. 33 und v. Wilmowski S. 505 Nr. 2, welche nur vorsätzliche und fahrlässige Bankerutthandlungen anerkennen; Binding, Normen Bd. 2 S. 480 und v. Liszt S. 444 § 137 Nr. I., welche immer Vorsatz fordern.

[3]) Meves, Gerichtssaal Bd. 26 S. 245 und Arch. f. Strafr. a. a. O.; Olshausen Bd. 2 S. 1206 Nr. 5; Oppenhoff S. 803 Nr. 5; Rüdorff-Stenglein S. 708 Nr. 2; v. Schwarze S. 893 Nr. 4.

[4]) Vgl. hierzu Kleinfeller im Gerichtssaal Bd. 43 S. 170 ff.; Neumeyer S. 145; R.-G. (II.) 2. Okt. 1891, Jur. Woch. S. 507.

weder das Bewusstsein von der Übermässigkeit oder fahrlässige Nichtberücksichtigung des Verhältnisses der fraglichen Ausgaben zum Vermögen vorliegen;[1]) in Ansehung der Buchführung ist das Verschulden gegeben, wenn der Kaufmann sich bewusst war, dass durch sein Verhalten eine Übersicht über die Vermögensverhältnisse unmöglich werde, oder wenn er aus Nachlässigkeit derartige Erwägungen unterliess. In keinem Falle ist die Rückkehr zu der Annahme des Formaldeliktes gerechtfertigt, welche, insbesondere soweit es sich um die Verantwortlichkeit für die Buchführung handelt, zu den grössten Härten und Ungerechtigkeiten führt. Da das Vorhandensein eines Verschuldens Thatbestandsmerkmal ist und die Höhe der Strafe davon abhängt, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit angenommen wird, ist auch in jedem Falle die Feststellung der Thatsache sowie der Art des Verschuldens notwendig und darf das Gericht die Feststellung nicht deshalb unterlassen, weil der Angeklagte das Verschulden nicht in Abrede gestellt habe. Das Wort „sollen" im § 266 Abs. 3 St.-P.-O. hat nicht bloss instruktionelle, sondern insoweit obligatorische Bedeutung, als bei der Strafzumessung Rechtsgrundsätze anzuwenden sind. Das Gebot der Begründung des Urteils (§§ 266, 377 Z. 7 St.-P.-O.) muss mindestens soweit reichen, als die Möglichkeit der Revisionseinlegung; die Revision kann aber auch darauf gestützt werden, dass bei der Strafzumessung ein Gesetz d. h. eine Rechtsnorm verletzt worden sei.[2])

c) Auch bei dem Thatbestande des einfachen Bankerutts ist es im allgemeinen gleichgültig, ob die einzelne Bankerutthandlung der Zahlungseinstellung bezw. K.-E. vorausgieng oder nachfolgte, weil ursächlicher Zusammenhang zwischen jenem und diesem Thatbestandsmerkmale nicht erforderlich ist (Bem. I. 4). Andernfalls könnte der Schuldner (z. B. nach eingetretener Zahlungseinstellung) straflos sein ganzes Vermögen vergeuden.[3]) Nur die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern sowie der Bilanzziehung muss diesen Ereignissen vorausgegangen sein. Bei Zuwiderhandlung gegen mehrere Vorschriften des § 210 liegt nur eine Strafthat vor (Bem. I. 4). Wenn der Eröffnungsbeschluss nur wegen einer Bankerutthandlung erfolgte, darf jedoch wegen der andern nicht verurteilt werden, ohne dass der Angeklagte nach § 264 St.-P.-O. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht worden ist (Bem. I. 6a).

d) Beihilfe zum einfachen Bankerutt ist insoweit möglich, als die sogenannte Bankerutthandlung vorsätzlich begangen wird. Der Vorsatz des Gehilfen braucht sich ebensowenig wie der des Thäters auf die Herbeiführung der Zahlungseinstellung oder K.-E. zu erstrecken;[4]) demnach kommt auch für die Strafbarkeit der Gehilfen nichts darauf an, ob es zur Zeit der That schon gewiss war, dass letztere Ereignisse eintreten würden.[5])

2. *Verbrauch oder Schuldigwerden übermässiger Summen durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel.* (Z. 1.)

a) Durch Z. 1 sollen diejenigen Schuldner betroffen werden, welche übermässige Ausgaben gemacht und so ihre Gläubiger geschädigt haben. Auch hier wird nicht vorausgesetzt, dass die Zahlungseinstellung oder K.-E. durch diese Ausgaben verursacht worden

[1]) Kleinfeller a. a. O. S. 176; Neumeyer S. 151. A. M.: R.-G. (III.) 5. April 1886, (II.) 2. Okt. 1891, Entsch. Bd. 14 S. 87, Jur. Woch. 1891 S. 507.

[2]) Kleinfeller im Gerichtssaal Bd. 43 S. 178 ff. A. M.: R.-G. (I.) 18. Febr. 1885, (II.) 2. Okt. 1891, Entsch. Bd. 13 S. 359, Jur. Woch. 1891 S. 507.

[3]) R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. 14 S. 221 ff.; Oppenhoff S. 726 Nr. 5; v. Schwarze S. 827 Nr. 2 und 3. A. M.: Neumeyer S. 137, 138.

[4]) Neumeyer S. 159, 160; Oppenhoff S. 726 Nr. 3; R.-G. (IV.) 1. Nov. 1887 und 13. Juli 1888, Entsch. Bd. 16 S. 277 ff., Rechtspr. Bd. 10 S. 487 ff., Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 401, 402 u. Jur. Woch. 1888 S. 359.

[5]) Vgl. die in Anm. 1 angeführten Entscheidungen.

ist (Bem. I. 4). Ob „übermässige“ Ausgaben gemacht wurden, ist eine Thatfrage, welche im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners beantwortet werden muss.[1]) Es ist jedoch erforderlich, dass diese Ausgaben durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel veranlasst worden sind. Wurden durch unglückliche Spekulationen u. s. w. grössere Ausgaben erforderlich, so wird dadurch an sich der Thatbestand des § nicht hergestellt.[2]) Die missglückte Spekulation kann jedoch auch in einer Weise ins Werk gesetzt worden sein, dass der Begriff des Aufwandes zutrifft, z. B. wenn mit der Spekulation übermässige Ausgaben für Reklamezwecke, Ladenmiete u. s. w. verbunden waren. In derartigen Fällen treten zu der auf den reinen Zufall berechneten Spekulation und zu den durch ihren unglücklichen Ausfall entstandenen Verlusten andere Auslagen hinzu, welche selbständige Bedeutung haben und an sich nicht zu deren Wesen gehören.[3])

b) Als Aufwand sind nicht bloss die verschwenderischen Ausgaben, sondern alle das Notwendige oder Übliche übersteigenden Aufwendungen anzusehen, ohne dass es auf die Neigungen und Triebfedern ankommt, welche den Aufwand veranlassten. Nicht bloss der durch Prunksucht, Genusssucht, Unsittlichkeit u. s. w. hervorgerufene Aufwand erfüllt den Thatbestand, sondern auch anderer Verbrauch, z. B. derjenige, welcher durch die Veruntreuung seitens mangelhaft beaufsichtigter Dienerschaft entstanden ist.[4]) Ein „Aufwand“, welcher unter die Vorschrift des § fällt, kann übrigens auch in übermässigen Ausgaben für an sich berechtigte Zwecke gefunden werden und braucht sich nicht notwendig in Ausgaben für rein persönliche Bedürfnisse geäussert zu haben. Übermässige Ausgaben für geschäftliche Zwecke (z. B. Reisekosten, Bewirtung von Geschäftsfreunden, Drucksachen, Geschäftseinrichtungen) können vielmehr die Strafbarkeit begründen.[5]) Weder der Aufwand noch der Verbrauch übermässiger Summen ist begrifflich durch fortgesetzt übermässige Ausgaben bedingt. Auch der einmalige übermässige Verbrauch bei einem Familienfeste (Hochzeit oder Gastmahl), bei einem Spiele oder einem einzelnen Differenzgeschäfte erfüllt vielmehr den Thatbestand.[6]) Ob die Ausgaben übermässige waren, ist auch hinsichtlich des Aufwandes nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners zu beurteilen. Auf dessen Stand und gesellschaftliche Stellung darf nur in beschränkter Weise Rücksicht genommen werden.[7]) Maassgebend ist das Verhältnis der als übermässig bezeichneten Ausgaben zu den Einnahmen, nicht das Verhältnis der einzelnen Ausgaben zur Gesamtausgabe.[8]) Jedoch ist es nicht nötig, dass zu diesem Zwecke alle einzelnen als übermässig erscheinenden Ausgaben festgestellt werden.[9]) Da der übermässige Aufwand nur als Gefährdung der Gläubigerrechte in Betracht kommt, ist der Thatbestand des § 210 nicht erfüllt, wenn die aufgewendeten

[1]) Hälschner Bd. 2 S. 415; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 825; Oppenhoff S. 726 Nr. 5b, 727 Nr. 8; v. Schwarze S. 828 Nr. 6a; v. Völderndorff Bd. 3 S. 32; Wengler S. 707; R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. 14 S. 87; (IV.) 24. Juni 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 470 ff.

[2]) Oppenhoff S. 726 Nr. 5b; v. Schwarze S. 828 Nr. 6; R.-G. (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 383 ff.; (II.) 25. Febr. 1887, (III.) 2. Juli 1887, Entsch. Bd. 15 S. 312, Bd. 16 S. 238 ff.

[3]) R.-G. (III.) 2. Juli 1887, Entsch. Bd. 16 S. 238 ff.

[4]) Oppenhoff S. 726 Nr. 5b; R.-G. (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 383; (II.) 25. Febr. 1887, Entsch. Bd. 15 S. 309 ff.

[5]) Oppenhoff S. 726 Nr. 5b; v. Schwarze S. 827 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. 3 S. 30; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 4; R.-G. (I.) 5. Okt. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 90, 91; (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 383 ff.; (III.) 28. Mai 1891, Jur. Woch. S. 381 Nr. 3.

[6]) Oppenhoff S. 726 Nr. 5a; R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. 14 S. 221 ff., bes. S. 224; (II.) 25. Febr. 1887 u. 6. März 1888, Entsch. Bd. 15 S. 314, Rechtspr. Bd. 10 S. 215 ff.

[7]) Oppenhoff S. 726 Nr. 5b; v. Völderndorff Bd. 3 S. 30; Willenbücher S. 246 Nr. 7; R.-G. (IV.) 24. Juni 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 470 ff.

[8]) R.-G. (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 215 ff.; Oppenhoff S. 726 Nr. 5b; Willenbücher S. 246 Nr. 7.

[9]) R.-G. (IV.) 24. Juni 1887, (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. 6 S. 470 ff., Bd. 10 S. 215.

Summen einem andern Vermögen als demjenigen des Schuldners entnommen worden sind, oder wenn die durch diesen Aufwand veranlassten Schulden nicht das Vermögen dessen, der seine Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist, belasten.[1])

c) Die Worte „mit Waren oder Börsenpapieren" sind auf das Wort „Spiel" nicht mitzubeziehen, durch welches das „Börsenspiel" nicht getroffen werden soll. Aus der Nebeneinanderstellung von Spiel und Differenzhandel ergiebt sich, dass Spekulationen nur aus dem letztern Gesichtspunkte in Betracht kommen sollen;[2]) dagegen ist die Wette als „Spiel" im Sinne des § 210 anzusehen.[3]) Jedes Spiel, auch das Hazardspiel oder gewöhnliche Karten- oder Würfelspiel fällt, wenn es übermässige Ausgaben veranlasst, unter die Vorschrift des Gesetzes. Hat das Spiel Verluste nicht verursacht oder hat der Schuldner sogar im Spiele mehr gewonnen als verloren, so sind dadurch überhaupt keine, also auch keine übermässigen Ausgaben entstanden.

d) Zum Begriff des Differenzhandels gehört, dass es sich gar nicht oder nur scheinbar um einen wirklichen Kauf oder eine Lieferung, sondern in Wirklichkeit bloss um die Zahlung der sich am Verfalltage ergebenden Differenz handelte. Es genügt aber, dass vonseiten des Schuldners lediglich ein Differenzgeschäft beabsichtigt war. Die Strafbarkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gegner ein ernstliches Lieferungsgeschäft beabsichtigte oder dass anfangs ein solches von beiden Seiten gewollt war. Wenn es später in einen Differenzhandel umgewandelt wurde, liegt die Sache vielmehr ebenso, als wenn ein solcher von vorneherein beabsichtigt gewesen wäre.[4]) Wenn die Papiere wirklich geliefert werden sollten und geliefert worden sind, so kommt nichts darauf an, ob sie lediglich zum Zwecke des Wiederverkaufes und der Spekulation angeschafft wurden. Von einem Differenzgeschäfte kann dann nicht die Rede sein.[5]) Eine Mehrzahl von Differenzgeschäften desselben Schuldners wird durch Prolongation nicht zu einer Einheit, denn jede Prolongation setzt einen neuen Entschluss darüber voraus, ob prolongiert oder abgeschlossen werden soll, und hierfür ist es gleichgültig, ob der Prolongationswille ausdrücklich erklärt oder vom Bankier aus der Unterlassung der auf Abschluss gerichteten Erklärung gefolgert wird. Der Ausgang jedes einzelnen Differenzgeschäftes muss für sich beurteilt werden. Das Thatbestandsmerkmal ist erfüllt, sobald der Schuldner bei einem Differenzgeschäfte übermässige Summen verloren hat bezw. schuldig geworden ist, mag auch der Gewinn aus den übrigen Differenzgeschäften den Verlust übersteigen. Die Gefährdung der Gläubigerrechte liegt schon im Abschlusse des Differenzgeschäftes und war jedenfalls in der vom Gesetze vorgesehenen Form verwirklicht, sobald die übermässige Summe verloren war; der Eintritt dieser Gefährdung kann durch nachträglichen Gewinn nicht mehr ungeschehen gemacht werden.[6]) Ob die Summen, welche der Schuldner durch den Differenzhandel „schuldig geworden ist," auch hätten eingeklagt werden können, ist nicht entscheidend. Es genügt, nach dem Gesetz, dass eine Schuld besteht. Auf die Klagbarkeit kommt es nicht an.[7])

[1]) R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. 14 S. 221 ff.

[2]) R.-G. (III.) 13. Dez. 1886, Entsch. Bd. 15 S. 277 ff. A. M.: Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 825; Oppenhoff S. 726 Nr. 6; v. Sarwey S. 879 Nr. 4; v. Schwarze S. 827 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. 3 S. 31; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 5; v. Wilmowski S. 505 Nr. 3.

[3]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 30.

[4]) Oppenhoff S. 726, 727 Nr. 7; Rüdorff-Stenglein S. 651, 652 Nr. 2; v. Schwarze S. 827, 828 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 3 S. 31 ff.; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 6; R.-G. (II.) 31. März 1880, Entsch. Bd. 1 S. 282 ff.; (III.) 10. April 1880, 25. Mai 1882, 13. Dez. 1886, Rechtspr. Bd. 1 S. 563 ff., Bd. 4 S. 516 ff., Bd. 8 S. 767. A. M.: v. Liszt S. 444 § 136 Nr. I. 1, der annimmt, dass auch reelle Lieferungsgeschäfte hierher gehören können.

[5]) Oppenhoff S. 727 Nr. 7; R.-G. (III.) 25. Mai 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 516.

[6]) R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. 14 S. 83 ff.

[7]) R.-G. (II.) 22. Mai 1891, Entsch. Bd. 22 S. 12.

3. *Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Führung von Handelsbüchern.* (Z. 2).

a) Bezüglich der Z. 2, deren Inhalt im allgemeinen mit § 209 Z. 2 u. 4 übereinstimmt, vgl. Bem. II. 4 u. II. 5. Hier wird jedoch, auch wenn es sich um die Vernichtung, Veränderung u. s. w. eines Handelsbuches handelt, vorausgesetzt, dass der Schuldner zu dessen Führung gesetzlich verpflichtet war. Dies ergiebt sich deutlich aus der Fassung: „Handelsbücher, deren Führung ihnen gesetzlich oblag oder dieselben“ u. s. w.[1]) Das Bewusstsein von der Kaufmannseigenschaft und den Pflichten eines Vollkaufmannes ist nicht erforderlich, weil schon fahrlässige Verletzung der kaufmännischen Pflichten genügt und der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch denjenigen Kaufmann trifft, der sich seine Pflichten nicht zum Bewusstsein bringt. Die persönliche, auf Unkenntnis der Buchführung beruhende, Unfähigkeit entschuldigt ebensowenig wie die Unkenntnis der Verpflichtung.[2]) Diese Unfähigkeit verpflichtet vielmehr ebenso wie der auf andern Gründen, z. B. lange dauernder Krankheit, beruhende Mangel an Fähigkeit zur Aufstellung eines sachkundigen Buchhalters.[3]) Da der Kaufmann zur Beaufsichtigung des Buchhalters verpflichtet ist, wird sein Verschulden auch dadurch nicht aufgehoben, dass der Buchhalter seinerseits unfähig ist oder seine Pflichten nicht erfüllt.[4]) Nur wenn der Kaufmann bei der Auswahl die nötige Sorgfalt angewendet hat und an der Beaufsichtigung durch unabwendbare Zufälle, z. B. Krankheit, verhindert war, kann ihm ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden.[5]) Da jeder persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zur Buchführung verpflichtet ist, sofern er nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde (Bem. II. 4), ist auch ein solcher Gesellschafter nicht dadurch entschuldigt, dass er die Buchführung einem andern Gesellschafter überlässt.[6]) Der Austritt aus der Gesellschaft befreit den persönlich haftenden Gesellschafter von der Strafe nur hinsichtlich derjenigen Unterlassungen und Mängel in der Buchführung, welche nach seinem Ausscheiden eintreten.[7]) Dagegen bleibt er für die vor seinem Austritt vorgekommenen Unregelmässigkeiten strafrechtlich verhaftet, sofern sie dazu beitragen, die Vermögensübersicht bis zu dem Zeitpunkte der nach seinem Austritte erfolgten Zahlungseinstellung oder K.-E. unmöglich zu machen; andernfalls mangelt die für den Thatbestand erforderliche zeitliche Beziehung der beiden Thatbestandsmerkmale (Bem. I. 4).[8]) Ist der Gesellschafter durch Vorspiegelung falscher Thatsachen seitens eines andern Gesellschafters ausserstande gesetzt worden, die Mängel der Buchführung zu erkennen, so entschuldigt ihn thatsächlicher Irrtum (§ 59 St.-G.-B.)[9]) Ebenso fehlt das Verschulden auf Seite desjenigen Gesellschafters, welchem die übrigen Teilhaber des kaufmännischen Geschäfts die Einsichtnahme der Bücher unmöglich gemacht haben.[10])

[1]) Hälschner Bd. 2 S. 416; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 825; Oppenhoff S. 727 Nr. 11; v. Schwarze S. 828, 829 Nr. 8; v. Wilmowski S. 480 Nr. 4.

[2]) Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Sarwey S. 880 Nr. 7; v. Schwarze S. 828 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. 3 S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 7. Jan. und 17. Nov. 1880, 17. Sept. 1881, 11. Jan. 1882, Entsch. Bd. 1 S. 49, Rechtspr. Bd. 2 S. 525, Entsch. Bd. 4 S. 420, Rechtspr. Bd. 4 S. 37.

[3]) Oppenhoff u. v. Schwarze a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 3 S. 35; R.-G. (II.) 11. Dez. 1885, 18. Jan. 1889, Rechtspr. Bd. 7 S. 730 ff., Jur. Woch, 1889 S. 102.

[4]) Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Sarwey S. 880 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. 3 S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 17. Sept. 1881, verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. 4 S. 421, Bd. 13 S. 241. (II.) 6. Nov. 1891, R.-Anz. 1892, bes. Beil. S. 20.

[5]) Vgl. auch Neumeyer S. 150.

[6]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 7. Jan. 1880, Entsch. Bd. 1 S. 49.

[7]) R.-G. (I.) 25. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 309 ff.

[8]) R.-G. (III.) 21. April 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 628 ff., Arch. f. Strafr. Bd. 28 S. 446.

[9]) Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Schwarze S. 828 Nr. 8; R.-G. (III.) 7. Jan. 1880, Entsch. Bd. 1 S. 49; (II.) 3. Juni 1890, Arch. f. Strafr. Bd. 37 (1890) S. 200.

[10]) R.-G. (II.) 3. Juni 1890 a. a. O.

b) Hinsichtlich der Art der zu führenden Bücher gilt dasselbe wie bei § 209 (Bem. II. 4); nicht maassgebend ist der Handelsgebrauch, weil dieser das Gesetz nicht ändern kann.[1]) Der Thatbestand setzt voraus, dass entweder überhaupt keine Bücher geführt worden sind, oder dass die geführten und vorhandenen Handelsbücher die vollständige Vermögensübersicht nicht gewähren. Die fehlerhafte Buchführung ist nur dann geeignet, den Thatbestand zu erfüllen, wenn der Mangel vollständiger Vermögensübersicht zur Zeit der K.-E. oder Zahlungseinstellung noch fortdauert. Unter dieser Voraussetzung ist es aber unerheblich, ob sie sich nachträglich gebessert hat und eine tadellose geworden ist.[2]) Es kommt auch hier wie bei § 209 nicht darauf an, ob der Schuldner selbst, sondern darauf, ob sachverständige Dritte eine genügende Übersicht aus den Büchern gewinnen können (Bem. II. 5b. S. 610). Dies ist aber unvereinbar mit der Forderung ursächlichen Zusammenhangs zwischen Bankerutthandlung und K.-E. oder Zahlungseinstellung sowie mit einer entsprechenden Rechtsvermutung.[3])

c) Die Unterlassung der Führung eines einzelnen Handelsbuches begründet nur dann die Strafbarkeit, wenn dadurch die übrige Buchführung so mangelhaft wird, dass die Vermögensübersicht fehlt.[4]) Dies trifft auch für das Briefkopierbuch zu, obgleich Art. 28 H.-G.-B. dessen Führung unbedingt vorgeschrieben hat. Die gegenteilige Auffassung ist unverträglich mit dem Wortlaute und mit dem Zwecke des Gesetzes, durch welches der Gefährdung der Gläubigerrechte entgegengetreten werden soll. Wenn die vorhandenen Handelsbücher die vollständige Vermögensübersicht gewähren, obgleich ein einzelnes Buch fehlt, so sind die Gläubiger nicht durch mangelhafte Buchführung gefährdet.[5]) Folgerichtig kann auch die Vernichtung eines einzelnen Handelsbuches nur bestraft werden, falls die übrigen Bücher die Vermögensübersicht nicht gewähren.[6]) Vernichtung eines Handelsbuches liegt nur vor, wenn es untergegangen ist, oder wenn seine Einträge unkenntlich gemacht worden sind (Bem. II. 5). Wurde vor der Vernichtung eine wortgetreue Abschrift genommen, so ist das Handelsbuch inhaltlich erhalten. Auch kann unter Umständen die Übereinstimmung der Abschrift mit dem vernichteten Buche nachgewiesen werden. Immerhin kann aber die Vermögensübersicht nicht durch die Bücher selbst gewährt werden. Das Vorhandensein einer Abschrift schliesst deshalb die Anwendung des § 210 nicht aus. Auch wenn ein Kaufmann in die Lage kommt, von einem Handelsbuche eine Abschrift anfertigen zu müssen, weil es ohne sein Verschulden in einzelnen Teilen unleserlich geworden ist oder zu werden drohte, darf er hiernach dieses Buch nicht vernichten, sondern muss es aufbewahren.[7])

4. Unterlassung der Bilanzziehung. (Z. 3.)

a) Bilanz ist derjenige Abschluss, welcher das Verhältnis des Aktivvermögens zu den vorhandenen Schulden erkennen lässt (Art. 29 H.-G.-B.). Sie muss sich auf die ganze Vermögenslage erstrecken und wie alle Bestandteile des Aktivvermögens so auch alle Schulden, einschliesslich der Privatschulden, umfassen. Ferner muss sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (Art. 29 ff. H.-G.-B.) angefertigt sein. Ist sie an sich richtig auf Grund

[1]) R.-G. (I.) 16. April 1888, Entsch. Bd. 17 S. 301.

[2]) Oppenhoff S. 728 Nr. 12; R.-G. (I.) 21. Nov. 1881 und 8. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. 3 S. 720 ff., Jur. Woch. 1889 S. 61. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 37 a. A.

[3]) Beides giebt auch Neumeyer S. 135, 136 zu.

[4]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 36; R.-G. (IV.) 3. Okt. 1884, (III.) 16. Okt. 1884, Entsch. Bd. 11 S. 142 ff., 161 ff.; (II.) 23. Okt. 1888, Rechtspr. Bd. 10 S. 585, Jur. Woch. 1888 S. 454. Die obige Voraussetzung wird immer erfüllt sein, wenn nicht einmal ein Hauptbuch geführt ist; R.-G. (III.) 10. Dez. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 144 Nr. III. 2.

[5]) V. die Entsch. in vor. Anm. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 36.

[6]) Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 3; pr. Obertrib., 10. Mai 1872, Arch. f. Strafr. Bd. 13 S. 298.

[7]) R.-G. (II.) 6. Dez. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 426 ff.

der Bücher gezogen und nur deshalb unrichtig, weil diese nicht ordentlich geführt worden sind, so kann jedoch nur auf Grund unordentlicher Buchführung (Z. 2), nicht auf Grund der Z. 3 gestraft werden.[1]) Über die Eröffnungsbilanz vgl. Bem. II. 4.

b) Der Mangel der Bilanz muss sich auf das Vermögen beziehen, über welches das Kv. eröffnet ist; Mangel der Bilanz einer Gesellschaft und K.-E. über das Vermögen eines Teilhabers nach Auflösung der Gesellschaft erfüllt den Thatbestand nicht.[2]) Die Bilanz muss deshalb erkennen lassen, auf welches Handelsgeschäft sie sich bezieht; zu diesem Zwecke schreibt auch Art. 30 H.-G.-B. die Unterschrift vor. Die Unterlassung der Unterschrift kann bewirken, dass diese Beziehung nicht erkennbar ist. In diesem Falle hat die vorhandene Bilanz nicht die Bedeutung, welche ihr als Mittel der Vermögensübersicht zukommt, denn die Übersicht soll auch dritten Personen gewährt sein, und diese müssen deshalb wissen, auf welches Geschäft sich eine bestimmte Bilanz bezieht. Insofern kann die Unterlassung der Unterschrift sich als vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Pflicht zur Bilanzziehung darstellen. Lässt dagegen die nicht unterschriebene Bilanz in anderer Weise, z. B. durch Überschrift, die Beziehung auf das Vermögen des Schuldners erkennen, so macht der Mangel der Unterschrift die Bilanz nicht wertlos, begründet daher auch nicht die Strafbarkeit.[3])

c) Die Bilanz muss auch dann alljährlich gezogen werden, wenn nach Art. 29 H.-G.-B. ein Inventar nur alle zwei Jahre aufgenommen zu werden braucht. In dem Jahre, in welchem ein Inventar nicht errichtet wird, ist der Bestand des Warenlagers unter Zugrundelegung der letzten Inventur nach einer allgemeinen Schätzung in die Bilanz aufzunehmen.[4]) Das Jahr, für welches die Bilanz gezogen werden muss, ist nicht das Kalenderjahr, sondern das mit Eröffnung des Geschäftes beginnende Betriebsjahr. Es muss hiernach die Bilanz spätestens am Schlusse desjenigen Geschäftsjahres gezogen werden, das mit dem Datum der frühern Bilanz begonnen hat. Der Kaufmann ist jedoch berechtigt, die Bilanz (sogen. Zwischenbilanz) früher zu ziehen, und dadurch den Beginn des Geschäftsjahres in eine frühere Zeit zu verlegen.[5]) Hat ein Kaufmann in einem Jahr die Bilanz zu spät gezogen, so wird dadurch nicht entschuldigt, dass er sie nun im nächsten Jahre ebenfalls zu spät zieht. Nicht das Datum der frühern Bilanz, sondern der Abschluss des Geschäftsjahres ist bezüglich der Frage der Rechtzeitigkeit entscheidend.[6]) Der Richter kann jedoch mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Falles eine kleine Nachfrist in Anrechnung

[1]) Hälschner Bd. 2 S. 416; Oppenhoff S. 729 Nr. 16 u. 16a; v. Schwarze S. 829 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. 3 S. 38 Anm. 44; Willenbücher S. 247 Nr. 8g; R.-G. (III.) 17. Nov. 1880, 21. Juni 1882, (I.) 9. März 1885 u. 10. Jan. 1887, (II.) 28. Dez. 1888, (III.) 10. Dez. 1891, Rechtspr. Bd. 2 S. 523 ff., bes. S. 526 ff.; Bd. 4 S. 594, 595, Bd. 7 S. 156 ff., bes. S. 160, Entsch. Bd. 15 S. 174 ff., Jur. Woch. 1889 S. 103, 1892 S. 144 Nr. III. 2.

[2]) R.-G. (III.) 7. Jan. 1892, R.-Anz., bes. Beil. S. 101.

[3]) Oppenhoff S. 729 Nr. 16a; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; Willenbücher S. 247 Nr. 8f; v. Wilmowski S. 480 Nr. 5; R.-G. (III.) 30. Okt. 1880, (I.) 5. Okt. 1882, verein. Strafsen. 20. Juni 1883, Rechtspr. Bd. 2 S. 418 ff., Entsch. Bd. 7 S. 87, Bd. 8 S. 425 ff. A. M.: R.-G. (II.) 14. Juni 1881, Rechtspr. Bd. 3 S. 403 ff., Jur. Woch. 1881 S. 167.

[4]) R.-G. (II.) 13. Febr. 1880, (III.) 13. März u. 5. Juni 1880, (II.) 27. April 1880, (III.) 21. Juni 1882, Rechtspr. Bd. 1 S. 354 ff., 467 ff., Bd. 2 S. 32, 33, Entsch. Bd. 1 S. 422, 423, Rechtspr. Bd. 4 S. 592 ff.; Oppenhoff S. 729 Nr. 17, S. 730 Nr. 20; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; v. Schwarze S. 829 Anm. 5; v. Sarwey S. 881 Nr. 9; Wengler S. 709; Willenbücher S. 247 Nr. 9c.

[5]) R.-G. (II.) 2. Dez. 1879, 13. Febr. 1880, Rechtspr. Bd. 1 S. 129 ff., 355; (III.) 28. April u. 30. Okt. 1880, Entsch. Bd. 2 S. 30 ff., Rechtspr. Bd. 2 S. 417 u. Jur. Woch. 1881 S. 13; (III.) 21. Juni 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 592 ff.; (IV.) 27. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312, 313; (II.) 15. Jan. 1889, Jur. Woch. 1889 S. 103; Oppenhoff S. 729 Nr. 17; v. Schwarze S. 829 Anm. 2 u. 5; v. Völderndorff Bd. 3 S. 38 Anm. 46; v. Wilmowski S. 480 Nr. 5.

[6]) Pr. Obertrib. 25. April 1872, Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 13 S. 273 ff.; Oppenhoff S. 730 Nr. 19; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; v. Wilmowski a. a. O.

bringen; denn dadurch, dass die Bilanz nur kurze Zeit nach Abschluss des Geschäftsjahres gefertigt wurde, ist der Zweck des Art. 29 H.-G.-B. noch nicht vereitelt.[1])

d) Dass die Bilanz vor Ablauf des Geschäftsjahres begonnen worden ist, genügt nicht; vielmehr steht die Nichtvollendung der Bilanz ebenso wie der verspätete Beginn der Bilanzziehung ihrer vollständigen Unterlassung gleich.[2]) Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters wird der Lauf der Jahresfrist für die Anfertigung der Bilanz nicht unterbrochen, wenn dadurch nicht zugleich das Verhältnis zu den Gläubigern verändert wird.[3]) Ein Rechtsirrtum bezüglich der Verpflichtung zur Anfertigung der Bilanz entschuldigt nicht. Ebensowenig kann der Nachweis von deren angeblicher Unmöglichkeit oder eines entgegenstehenden Gebrauches von der verwirkten Strafe befreien (Bem. III. 3). Das Unterlassen des Bilanzziehens während mehrerer Jahre begründet nur ein Vergehen (Bem. I. 5.)[4])

§ 211.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

(E. § 211; M. S. 461; K. S. 126; pr. K.-O. §§ 308, 340.)

1. Der objektive Thatbestand.

§ 211, dessen Fassung derjenigen des § 23 Z. 2 K.-O. entspricht, betrifft das strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältnisse zu den übrigen. Vorausgesetzt wird Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung (Bem. II. 3 zu § 23), welche der Begünstigte nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte (Bem. III. 1 zu § 23). Die nicht zu beanspruchende Sicherung kann z. B. in der Verschaffung einer Hypothek oder eines Pfändungspfandrechtes bestehen.[5]) Dagegen genügt die Verschaffung eines vollstreckbaren Titels noch nicht, gleichviel ob dieser durch Anerkenntnis einer noch nicht fälligen Forderung vor Notar oder Schiedsmann nebst Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung oder durch verabredeten Scheinprozess gewährt wird, denn der vollstreckbare Titel gewährt nicht einmal einen Anspruch auf Sicherung (Bem. III, 2 zu § 23 S. 126), deshalb noch viel weniger die Sicherung selbst, welche § 211 voraussetzt.[6]) Lässt sich der Schuldner, in der Überzeugung, rechtlich verpflichtet zu sein, im gewöhnlichen Verfahren verurteilen und pfänden, so liegt in seinem Verhalten kein „Gewähren“, weil er vollständig unthätig bleibt und durch blosse Unthätigkeit eine

[1]) Willenbücher S. 247 Nr. 8c; R.-G. (II.) 15. Jan. 1889, Jur. Woch. 1889 S. 103; (IV.) 15. April 1890, Arch. f. Strafr. Bd. 37 (1890) S. 176; (II.) 6. Nov. 1891, R.-Anz. 1892, bes. Beil. S. 20.

[2]) Oppenhoff S. 729 Nr. 17.

[3]) Oppenhoff S. 729 Nr. 18.

[4]) Rüdorff-Stenglein S. 653 Nr. 5; v. Schwarze S. 829 Nr. 9. A. M.: Oppenhoff S. 730 Nr. 21.

[5]) R.-G. (II.) 8. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 61 ff.

[6]) R.-G. (II.) 14. März 1890, Entsch. Bd. 20 S. 301. A. M.: Oppenhoff S. 732 Nr. 9; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 3; v. Schwarze S. 830 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. 3 S. 40 Anm. 2; Willenbücher S. 248 Nr. 6a; v. Wilmowski S. 508; R.-G. (II.) 1. Nov. 1881, (I.) 7. Mai 1883, (III.) 27. Febr. 1888, Entsch. Bd. 5 S. 116 ff., Jur. Woch. 1883 S. 221, Entsch. Bd. 17 S. 220 ff.

strafbare Handlung nicht verübt werden kann.[1]) Die Gewährung einer Sicherheit erfüllt den Thatbestand auch bei Fälligkeit der Forderung, denn diese Fälligkeit giebt an sich nur einen Anspruch auf Befriedigung, nicht einen solchen auf Sicherstellung.[2]) Da § 211 schon die Gefährdung der Gläubiger bedroht, ist es unerheblich, ob das Erhaltene zurückgewährt worden ist.[3]) Eine Befriedigung, welche der Gläubiger nicht in der Art zu beanspruchen hat, ist insbesondere in der Hingabe an Zahlungsstatt enthalten (vgl. S. 124 ff.).[4]) Auch eine nur teilweise Befriedigung erfüllt den Thatbestand des § 211.[5]) Erfolgt die Befriedigung einer fälligen Forderung in einer Weise, auf welche der Gläubiger Anspruch hat, so ist der Thatbestand selbst dann nicht erfüllt, wenn dadurch andere Gläubiger um die Befriedigung gebracht worden sind. Das Gesetz verlangt neben der Benachteiligung auch die Begünstigungsabsicht. Eine solche kann aber bei dem Schuldner nicht angenommen werden, der lediglich seinem Gläubiger dasjenige geleistet hat, was dieser zu fordern hatte.[6]) Die Sicherung oder Befriedigung muss aus demjenigen Vermögen geleistet worden sein, das nach § 1 zur Masse gehört, weil sonst eine Gefährdung der übrigen Gläubiger nicht vorliegt.[7]) Es kommt jedoch nicht darauf an, ob auf Grund des Verhaltens des Schuldners die Anfechtung wirklich erfolgen kann.[8]) Hat der Schuldner unter den im § aufgestellten Voraussetzungen, obgleich er seine Zahlungsunfähigkeit kannte, einem Gläubiger Sicherheit oder Befriedigung gewährt, so kann er auch dann bestraft werden, wenn die Handlung früher als zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage vorgenommen wurde, die Voraussetzungen der Anfechtung also nicht vorliegen. Die Thatsache, dass die Handlung innerhalb der zehntägigen Frist erfolgte, kann aber einen Grund für die Annahme bilden, dass der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kannte.[9]) Andererseits bedarf es hier einer ausdrücklichen Feststellung der Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, während dies nach § 23 Abs. 2 zur Begründung der Anfechtung nicht erforderlich ist (Bem. III. 1 zu § 23). Dass diese Absicht erreicht wurde und der Gläubiger durch das Sicherungsmittel überhaupt etwas oder dass er mehr erlangt hat, als er aus der Masse erhalten haben würde, ist nicht erforderlich.[10]) Wenn aber der zu begünstigende Gläubiger deshalb keinen Vorteil gehabt hat, weil das zum Zweck der Begünstigung verschaffte Pfändungspfandrecht (z. B. wegen vorzeitiger Pfändung von Früchten auf dem Halme) nicht rechtsbeständig war, so ist der Thatbestand des § 211 nicht erfüllt, denn ein nichtiges Pfändungspfandrecht gibt keine Sicherung. Auf die Gültigkeit des vollstreckbaren Titels kommt es nicht an, weil dieser allein noch keine Sicherung gewährt.[11]) Zahlungs-

[1]) R.-G. (III.) 27. Febr. 1888 a. a. O.

[2]) R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 195; (III.) 28. März 1889, Jur. Woch. S. 229.

[3]) Oppenhoff S. 731 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. 3 S. 40; Willenbücher S. 247 Nr. 3, S. 248 Nr. 6d; R.-G. (III.) 25. Okt. 1879, Rechtspr. Bd. 1 S. 18 ff. A. M.: R.-G. (II.) 9. Dez. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 61 Nr. 14.

[4]) R.-G. (II.) 31. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 149 ff.

[5]) R.-G. (II.) 3. Okt. 1890, Jur. Woch. S. 400 Nr. 2.

[6]) R.-G. (III.) 7. Juni 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 541 ff. Vgl. dag. R.-G. (III.) 18. Juni 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 449, Jur. Woch. 1883 S. 221.

[7]) R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. 8 S. 91 ff., bes. S. 94, 95.

[8]) R.-G. (III.) 11. Dez. 1880, Rechtspr. Bd. 2 S. 626 ff.; vgl. die in Anm. 3 genannten Schriftsteller.

[9]) Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 3; v. Sarwey S. 882; v. Völderndorff Bd. 3 S. 42; Willenbücher S. 248 Nr. 4; v. Wilmowski S. 508; R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 191 ff.

[10]) R.-G. (III.) 11. Dez. 1880 u. 8. Juli 1889, Rechtspr. Bd. 2 S. 626 ff., Jur. Woch. 1889 S. 397 Nr. 5.

[11]) A. M.: R.-G. (II.) 12. Nov. 1889, R.-Anz. 1890, bes. Beil. S. 107; wohl auch (I.) 3. Jan. 1884, Entsch. Bd. 10 S. 403 ff. Dagegen und für die im Text vertretene Ansicht: R.-G. (Civilsen.) 9. Mai 1887, Entsch. in Civils. Bd. 18 S. 389 ff., bes. S. 393.

einstellung und K.-E. gehören hier ebenso zu den Thatbestandsmerkmalen wie bei §§ 209, 210 (Bem. I. 3 zu §§ 209 ff.).[1]) Folglich gilt für die Verjährung hier dasselbe wie dort (Bem. I. 3 zu §§ 209 ff.). Der Versuch ist nicht strafbar (§ 43 Abs. 2 St.-G.-B.).

2. *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und Begünstigungsabsicht (subjektiver Thatbestand).*

a) Subjekt des Deliktes können als Thäter nur Schuldner sein, welche ihre Zahlungsunfähigkeit kennen. Die Feststellung, dass der Schuldner zur Zeit der That seine Zahlungsunfähigkeit kennen musste, d. h. bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen müssen, genügt nicht. Vielmehr muss festgestellt werden, dass er sie wirklich gekannt hat. Nur wenn die Feststellung, dass der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit (notwendig) kennen musste, diesen Sinn hat, erscheint sie als ausreichend.[2]) Diese Kenntnis ist zwar immer mit der Kenntnis der Zahlungseinstellung gegeben. Die letztere wird aber nicht vorausgesetzt. Die Zahlungseinstellung ist nur eine der Formen, in welcher die Zahlungsunfähigkeit zutage tritt (Bem. I. 3 zu § 23). Die Handlung kann daher zeitlich nur nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit, aber sowohl vor als nach der Zahlungseinstellung vorgenommen werden; im ersteren Falle genügt es, wenn der zur Zeit der Handlung bestehende Zustand der Zahlungsunfähigkeit zur Zahlungseinstellung oder K.-E. geführt hat und der Angeklagte die Zahlungseinstellung sich als möglicherweise schon vorhanden vorstellte (dolus eventualis);[3]) im letztern Falle aber kann die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht bezweifelt werden, sofern sich der Schuldner der Zahlungseinstellung bewusst ist.[4]) Da Zahlungsunfähigkeit nicht dasselbe ist wie Überschuldung sondern auch vorliegen kann, wenn der Wert der Aktivmasse den Betrag der Schulden übersteigt (Bem. II. 1 zu § 94), so kann die Bestrafung erfolgen, obgleich der Schuldner zur Zeit der Begünstigung nicht überschuldet war. Es genügt, dass später Zahlungseinstellung oder K.-E. eintrat.[5])

b) Die Begünstigungsabsicht bedeutet hier den Vorsatz, einen Gläubiger vor andern zu begünstigen. Motiv und Zweck der Begünstigung ist gleichgültig für die Gefährdung der Gläubiger. Es genügt daher die Feststellung, dass der Schuldner das Bewusstsein hatte, durch die Sicherung oder Befriedigung werde ein bestimmter Gläubiger in ungerechtfertigter Weise vor andern begünstigt. Darin liegt die Feststellung, dass sein Wille auf die Begünstigung gerichtet war.[6]) Diese Absicht kann auf Seite des Schuldners auch dann festgestellt werden, wenn er von dem Gläubiger durch Drohungen oder durch Erregung eines Irrtums zu der begünstigenden Rechtshandlung bestimmt worden war, sofern nur der Irrtum sich nicht auf ein Thatbestandsmerkmal bezog.[7]) Das Bewusstsein von dem

[1]) Stieglitz S. 714; Wengler S. 710. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 42 Anm. 11.

[2]) Geyer, Bd. 2 S. 67; v. Schwarze S. 830 Nr. 2; Willenbücher S. 248 Nr. 4; R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. 3 S. 191 ff.

[3]) R.-G. (II.) 30. Jan. 1891, R.-Anz. Beil. S. 167 ff., bes. S. 169.

[4]) Hälschner Bd. 2 S. 421 § 124; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 4 S. 453; Meyer S. 741; Neumeyer S. 186; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; Stieglitz S. 714; v. Völderndorff Bd. 3 S. 41; Willenbücher S. 249 Nr. 7; R.-G. (II.) 8. April 1881, Entsch. Bd. 4 S. 62 ff., bes. S. 67.

[5]) Oppenhoff S. 730 Nr. 4; v. Sarwey S. 883 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. 3 S. 41 Anm. 5; Willenbücher S. 248 Nr. 5; R.-G. (III.) 18. Juni 1883, 28. März 1889, Rechtspr. Bd. 5 S. 449; Jur. Woch. 1883 S. 221, 1889 S. 229.

[6]) Oppenhoff S. 730 Nr. 5; Geyer Bd. 2 S. 67; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; Stieglitz S. 714; R.-G. (III.) 25. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 205, 206; (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 142 ff.; (I.) 2. Jan. 1883, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 8 S. 61; (III.) 6. Nov. 1884, 27. Febr. u. 19. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. 6 S. 703, Entsch. Bd. 17 S. 223, Jur. Woch. 1889 S. 61; im Ergebnisse auch (I.) 13. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. 4 S. 162. A. M.: v. Schwarze S. 830 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 3 S. 41 Anm. 6; Willenbücher S. 247 Nr. 3; R.-G. (IV.) 8. März 1892, Jur. Woch. S. 202 Nr. 6.

[7]) R.-G. (II.) 18. Juni 1889, Jur. Woch. 1889 S. 350.

Eintritte der Begünstigung setzt zunächst das Bewusstsein voraus, dass die andern Gläubiger benachteiligt werden.[1]) Weiter ist aber erforderlich, dass diese Benachteiligung eine ungerechtfertigte war. Wenn ein Schuldner lediglich einen Gläubiger in Ansehung seiner fälligen Forderung befriedigt, genügt hiernach die Kenntnis des Umstandes, dass für die übrigen Gläubiger nichts übrig bleibt, an sich nicht, um die Anwendung des § 211 zu rechtfertigen.[2]) Jenes Bewusstsein kann der Schuldner nicht haben, wenn er lediglich einem Gläubiger einen Bürgen stellt. Dadurch kann eine Schädigung der übrigen Gläubiger selbst dann nicht herbeigeführt werden, wenn der Bürge seine Rückgriffsforderung im Kv. anmeldet, weil er nicht neben dem Gläubiger befriedigt wird, sondern nur bekommt, was sonst der Gläubiger selbst erhalten hätte (Bem. 4 zu § 60).[3]) Ungenügend ist auch die Feststellung des Bewusstseins, dass der Gläubiger die Sicherstellung oder Befriedigung nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte, weil mit einer solchen Rechtshandlung nicht notwendig die Benachteiligung anderer Gläubiger verbunden zu sein braucht. Dem Schuldner steht vielmehr der Beweis offen, dass sein Vermögen zur Befriedigung der übrigen Gläubiger ausreichte.[4]) Ob dem Begünstigten eine unbedingte oder nur eine bedingte Forderung zustand, erscheint als gleichgültig.[5]) Ebenso ist unerheblich, dass die benachteiligten Gläubiger nur bedingt berechtigt sind. Es ist nicht einmal notwendig, dass gerade K.-Gl. benachteiligt wurden. Die K.-O. begreift auch an andern Stellen unter Gläubigern die Absonderungsberechtigten mit (§§ 40, 41, 45, 57, 110). Die Beschränkung des Begriffes „Gläubiger“ auf K.-Gl. in § 211 würde übrigens, da der Begriff in dem nämlichen § nicht in verschiedenem Sinne aufgefasst werden kann, dazu führen, dass auch der Begünstigte ein K.-Gl. sein müsste, folglich die Begünstigung eines blossen Absonderungsberechtigten straflos bliebe. Der Thatbestand ist hiernach erfüllt, wenn der Schuldner durch den Erlös aus der Veräusserung eines Gutsinventars, welches den blossen Realgläubigern verhaftet ist, in Begünstigungsabsicht einem persönlichen Gläubiger Befriedigung verschafft.[6]) Eine Leistung an einen Nichtgläubiger kann nur die Anwendung des § 209 rechtfertigen. Auf die Zahl der benachteiligten Gläubiger kommt nichts an. Es genügt vielmehr, dass die Befriedigung nur einem einzelnen Gläubiger nachteilig ist.[7]) Daraus dass das Vergehen nur vorsätzlich begangen werden kann, folgt, dass der Thäter auch das Bewusstsein von dem Vorliegen aller objektiven Thatbestandsmerkmale haben muss, der Irrtum somit gemäss § 59 zu berücksichtigen ist.[8])

3. *Teilnahme.*

a) Als Thäter kann das Vergehen nur der zahlungsunfähige Schuldner begehen; sein Erbe kann nur dann als Thäter in Betracht kommen, wenn er selbst zahlungsunfähig wurde. Ist über den Nachlass das Kv. eröffnet worden und hat der Erbe nachträglich die

[1]) Berner S. 595; Geyer Bd. 2 S. 67; Hälschner Bd. 2 S. 422; v. Liszt S. 480 § 138 Nr. I.; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 4 S. 453; Oppenhoff S. 730 Nr. 5; v. Schwarze S. 830 Nr. 3; Wengler S. 710; v. Wilmowski S. 508; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 142 ff. Schwankend R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 94 ff.; (III.) 12. Juli 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 518 ff., bes. S. 519; (IV.) 8. März 1892, Jur. Woch. S. 202 Nr. 6.

[2]) R.-G. (III.) 19. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 61; R.-G. (II. Civilsen.) 1. Febr. 1889, Entsch. (in C.-S.) Bd. 23 S. 9 ff.

[3]) Vgl. dagegen R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. 8 S. 93.

[4]) Oppenhoff S. 731, 732 Nr. 8a; Willenbücher S. 248 Nr. 3; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 42 ff.; (III.) 8. Nov. 1884, Rechtspr. Bd. 6 S. 708 ff.

[5]) R.-G. (II.) 14. Dez. 1886, Entsch. Bd. 15 S. 90 ff.; Oppenhoff S. 731 Nr. 8.

[6]) R.-G. (III.) 24. Nov. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 402 ff.; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 132. A. M.: Oppenhoff S. 731 Nr. 6, unter Berufung auf eine Entsch. in Rechtspr. Bd. 2 S. 626 ff., die aber nicht von blossen Realgläubigern spricht.

[7]) R.-G. (III.) 14. Okt. 1886, Rechtspr. Bd. 8 S. 617; (II.) 9. Nov. 1888, Jur. Woch. 1889 S. 61.

[8]) R.-G. (III.) 8. Febr. 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 90 ff.

Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so ist zwar über sein Vermögen das Kv. eröffnet worden; dieses Verfahren berührt jedoch seine Zahlungsfähigkeit nicht, weil er hinsichtlich der Erbschaftsschulden nur mit der Masse haftet. Die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers aber kann nicht auf den Erben übergehen; wenigstens kann er sich deren nicht bewusst werden, da an seiner Stelle der K.-V. zu zahlen hat.[1])

b) Der Gläubiger, welcher eine ihm nicht zukommende Befriedigung oder Sicherstellung annimmt, obgleich er von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntnis hatte, wird in der K.-O. nicht mit Strafe bedroht und kann um der blossen Annahme willen nicht als Teilnehmer an der strafbaren Handlung des Schuldners bestraft werden.[2]) Die pr. K.-O. hatte in den § 309 und 341 den Abschluss von besondern Verträgen zum Zwecke der Begünstigung mit Strafe bedroht. In Ansehung dieser Auffassung, welche dazu geführt hätte, wegen Verletzung des § 23 Z. 2 auch den Gläubiger zu bestrafen, wurde in den Mot. (S. 461) bemerkt: „Die Vorschrift ist mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt worden. Der Gläubiger verfolgt sein Recht; verletzt er dabei den Konkursanspruch der übrigen, so kann er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden; das ist um so einleuchtender, als es in dem einzelnen Falle oft schwierig genug sein wird, zu befinden, ob die Handlung, z. B. eine Annahme an Zahlungsstatt, unter den Begriff einer unstatthaften Begünstigung zu bringen ist.“ Gleichwohl kann der Gläubiger als Teilnehmer am Vergehen des § 211 bestraft werden, sofern er über die Grenzen der in der blossen Annahme liegenden notwendigen Teilnahme hinausgeht. Er kann insbesondere den Schuldner zur Begünstigung anstiften und ist dann als Anstifter strafbar.[3]) Eine solche Anstiftung kann auch in der Aufforderung gefunden werden, dem Gläubiger Waren zum Einkaufspreise zu überlassen.[4]) Der Gläubiger kann sich ferner dadurch strafbar machen, dass er in Kenntnis der thatsächlichen Verhältnisse dem Schuldner die Vornahme der Rechtshandlung erleichtert, indem er ihn mit Rat und That unterstützt, also als Gehilfe bei der Begehung mitwirkt; die Anwendung der §§ 48, 49 setzt nicht voraus, dass der Anstifter oder Gehilfe die Handlung auch als Thäter begehen könnte, und § 50 trifft seinem Wortlaute nach nicht auf solche Fälle zu, in denen die Strafbarkeit selbst, nicht bloss deren Grad, von einer persönlichen Eigenschaft des Thäters abhängt.[5]) Die Ehefrau, welche mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, wird durch die Zahlungsunfähigkeit ihres Mannes gleichfalls zahlungsunfähige Schuldnerin und kann daher das Vergehen

[1]) Oppenhoff S. 732 Nr. 11.

[2]) Dalcke im Arch. f. Strafr. Bd. 37 S. 342 ff.; Geyer, Bd. 2 S. 67; v. Kries, Z. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. 7 S. 548; v. Liszt S. 481 § 138 Nr. I.; Merkel S. 333 § 127 Nr. 4; Meyer S. 742; Neumeyer S. 189 ff.; Oppenhoff S. 732 Nr. 12; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; v. Schwarze S. 830. Nr. 5; v. Sarwey S. 883 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. 3 S. 42 ff.; Willenbücher S. 249 Nr. 7; v. Wilmowski S. 508; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 561 ff.; R.-G. (II.) 12. Dez. 1880, 10. Jan. u. 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. 2 S. 439 ff., Rechtspr. Bd. 4 S. 28, Entsch. Bd. 5 S. 435 ff., bes. S. 437; (IV.) 31. Jan. u. 3. Okt. 1890, sowie (I.) 2. Nov. 1891 u. 25. Jan. 1892, Entsch. Bd. 20 S. 214 ff., bes. S. 216, Jur. Woch. 1890 S. 400 Nr. 3; 1892 S. 10 Nr. III. 1, S. 145 Nr. 4; R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. 8 S. 92. A. M.: Fitting § 58 Anm. 11.

[3]) Geyer, Oppenhoff, v. Sarwey, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O.; R.-G. (III.) 21. Dez. 1881; (II.) 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. 5 S. 276, 435 ff.; (I. Civilsen.) 10. März 1883 a. a. O.; R.-G. (II.) 10. Nov. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 10 Nr. III. 1. A. M.: Dalcke a. a. O. S. 347 ff.; Neumeyer S. 191; v. Völderndorff Bd. 3 S. 42 ff.; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 576.

[4]) R.-G. (II.) 10. Nov. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 10 Nr. III. 1.

[5]) Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 4 S. 453; Oppenhoff S. 732 Nr. 12; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 4; Stieglitz S. 714, 715; Willenbücher S. 249 Nr. 7; v. Wilmowski S. 481; R.-G. (I.) 27. Jan. 1881 u. 21. März 1881, Entsch. Bd. 4 S. 1 ff. und S. 2 Anm.; (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. 8 S. 92. A. M.: Dalcke a. a. O. S. 347 ff.; v. Liszt, S. 446 § 137 Nr. I.; v. Kries, Z. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. 7 S. 548; v. Völderndorff Bd. 3 S. 42 ff.; Wengler S. 710; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 576 ff.

als Mitthäterin mit ihrem Manne oder als Alleinthäterin begehen, sofern sie sich der Zahlungsunfähigkeit bewusst ist.[1]) Sofern nicht beide Ehegatten zugleich zahlungsunfähig sind, kann dagegen der zahlungsfähige Ehegatte gegenüber dem Vergehen des zahlungsunfähigen als Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen.[2]) Der Bevollmächtigte des Schuldners, wie derjenige des begünstigten Gläubigers kann als Gehilfe strafbar sein; jedoch liegt, wie auf Seite des Gläubigers selbst so auch auf Seite seines Gehilfen in der blossen Annahme der Begünstigung eine aus § 211 strafbare Handlung nicht.[3])

4. Zusammentreffen mehrerer Thatbestände.

Wenn ein Schuldner mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung oder K.-E. sowohl Bankerutthandlungen (§§ 209, 210) als Begünstigungshandlungen (§ 211) vorgenommen hat, so liegt ebensowenig eine Mehrheit strafbarer Handlungen vor, als wenn mehrere Bankerutthandlungen mit Bezug auf eine Zahlungseinstellung oder K.-E. zusammentreffen; die eine Zahlungseinstellung oder K.-E. fasst alle in Beziehung auf sie begangenen Gefährdungshandlungen rechtlich zu einer Einheit zusammen.[4]) Sind die Thatbestände der §§ 210 und 211 zugleich gegeben, so ist es gleichgültig, welches Strafmaass angewendet wird; bei Zusammentreffen der in §§ 209 und 211 enthaltenen Strafdrohungen muss die erstere als die strengere verwirklicht werden (§ 74 St.-G.-B.). Ferner liegt rechtliche Handlungseinheit vor, wenn ein Schuldner mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung oder K.-E. mehrere Gläubiger oder einen Gläubiger mehrfach begünstigt hat.[5]) Das Zusammentreffen mehrerer Thatbestände kommt auch hier als Strafzumessungsgrund in Betracht (Bem. I. 5 zu §§ 209 ff.). Wird durch die nach § 211 strafbare Begünstigung zugleich ein Vermögensstück beiseitegeschafft (§ 209 Z. 1), so liegt nur eine Handlung vor, welche nach den §§ 209 und 211 zu beurteilen ist. Letztere Vorschrift ist anzuwenden, weil sie den umfassenderen Thatbestand aufstellt; die Benachteiligungsabsicht ist in der Begünstigungsabsicht enthalten (Bem. 2).[6]) Wenn der Wert der beiseitegeschafften Vermögensstücke den Wert der Forderung des Begünstigten übersteigt, so liegt hinsichtlich des Überschusses in subjektiver Beziehung nur Benachteiligungsabsicht (§ 209), nicht auch Begünstigungsabsicht vor; folglich ist sogen. ideale Konkurrenz zwischen den §§ 209 und 211 gegeben und die Vorschrift des § 209 als die strengere anzuwenden.[7]) Sog. Idealkonkurrenz zwischen dem Thatbestand des § 211 und demjenigen des § 288 St.-G.-B. kann auch eintreten, wenn die Begünstigung eines Gläubigers dadurch bewirkt wird, dass zum Nachteile eines andern Gläubigers, von dessen Seite die Zwangsvollstreckung droht, Vermögensbestandteile veräussert oder beiseitegeschafft werden.[8])

[1]) R.-G. (II.) 23. Okt. 1883, Entsch. Bd. 9 S. 161 ff.

[2]) R.-G. (II.) 23. Okt. 1883 a. a. O.

[3]) R.-G. (IV.) 31. Jan. 1890 u. (I.) 2. Nov. 1891, Entsch. Bd. 20 S. 214 ff.; Jur. Woch. 1892 S. 10 Nr. III. 2.

[4]) R.-G. (III.) 5. Febr. 1883, (IV.) 26. Sept. u. 17. Okt. 1884, (II.) 16. Juni 1885, Rechtspr. Bd. 5 S. 87, Bd. 6 S. 570 ff., bes. S. 573, S. 633, Bd. 7 S. 400, 401. A. M.: Geyer, Bd. 2 S. 67; Neumeyer S. 188; Oppenhoff S. 732 Nr. 13; Stieglitz S. 714 und Hälschner, Bd. 2 S. 422, welcher den Unterschied der Thatbestände darin findet, dass bei dem Bankerutte der Schuldner sich oder einem Nichtgläubiger, im Falle des § 211 aber nur einem Gläubiger etwas zuwenden will. Jener Zweck ist aber nicht Thatbestandsmerkmal der §§ 209, 210. Vgl. den Text dieser §§ mit dem des § 212.

[5]) Geyer, Bd. 2 S. 87; R.-G. (III.) 5. Febr. 1883, 20. Okt. 1884, (IV.) 18. Sept. 1885, Rechtspr. Bd. 5 S. 87, Bd. 6 S. 640, Bd. 7 S. 517. A. M.: Neumeyer S. 188; Oppenhoff S. 732 Nr. 13; Stieglitz S. 714.

[6]) Stieglitz S. 712, 713; Willenbücher S. 249 Nr. 8; R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. 6 S. 94 ff.; (III.) 12. Juli 1883, Rechtspr. Bd. 5 S. 518 ff., bes. S. 519, Jur. Woch. 1883 S. 220.

[7]) R.-G. (III.) 12. Juli 1883 a. a. O.

[8]) R.-G. (IV.) 31. Jan. 1890, Entsch. Bd. 20 S. 214 ff.

§ 212.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder beiseitegeschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem andern Vermögensvorteil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

(E. § 212; M. S. 461; K. S. 126; St.-G.-B. § 282.)

1) Die Vorschriften des §, welche mit denen des § 282 St.-G.-B. bis auf den Umstand übereinstimmen, dass das Verbrechen auch im Interesse eines Nichtkaufmannes verübt werden kann, sind gegen die Gefährdung des Publikums durch dritte Personen gerichtet. Dass die in Frage stehende Handlung in der Absicht vorgenommen sein muss, die Gläubiger zu benachteiligen, ist im Gesetze nicht gesagt. Begrifflich ist aber die Benachteiligungsabsicht in der Begünstigungsabsicht sowie in dem Vorsatze, erdichtete Forderungen aufzustellen, enthalten (Bem. 2 zu § 211).[1] Die Handlungen, welche der § mit Strafe bedroht, sind dieselben, von welchen in § 209 Z. 1 und 2 gehandelt wird (vgl. Bem. 4 S. 627). Damit § 212 Anwendung finden kann, wird jedoch nicht vorausgesetzt, dass auch der Schuldner nach § 209 bestraft worden ist oder bestraft werden kann. Vielmehr handelt es sich hier um eine selbständige Vorschrift, welche auch dann platzgreift, wenn dem Schuldner eine strafbare Handlung nicht zur Last fällt.[2] Der Schuldner kann sich sogar an der Handlung des Dritten beteiligen, ohne zugleich eine Bankerutthandlung vorzunehmen, z. B. indem er diesen lediglich durch Rat darin unterstützt, wie Vermögensstücke beiseitezuschaffen oder erdichtete Forderungen aufzustellen seien, oder indem er ihn hierzu anstiftet.[3] Der Schuldner kann auch eine juristische Person sein. Im Nachlasskonkurse ist Zuwiderhandlung nur gegen Z. 2 möglich. Versuch ist in den Fällen der Z. 1 denkbar.

2) Hinsichtlich der Begünstigung des Schuldners durch „Verheimlichung oder Beiseiteschaffen" (Z. 1) vgl. Bem. II. 2 zu §§ 209 ff. Auch die in § 212 vorgesehenen Handlungen können sowohl vor als nach der Zahlungseinstellung vorgenommen werden.[4] Da sie vorsätzliche sein müssen, ist die Bestrafung dadurch bedingt, dass der Dritte entweder in Kenntnis der eingetretenen Zahlungseinstellung bezw. K.-E. oder im Hinblicke auf eines dieser — als bevorstehend angesehenen — Ereignisse gehandelt hat; dessen Wille muss auf das „Beiseiteschaffen" oder „Verheimlichen" und ausserdem darauf gerichtet sein, dem Schuldner zu nützen. Aus dem Thatbestandsmerkmale „im Interesse des Schuldners" folgt,

[1]) Berner S. 596; Hälschner Bd. 2 S. 419; v. Völderndorff Bd. 3 S. 46. A. M.: Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 824; Oppenhoff S. 733 Nr. 4; Rüdorff-Stenglein S. 655 Nr. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 1; Wengler S. 711; Willenbücher S. 250.

[2]) v. Kries, Z. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. 7 S. 543, 544; Meisner S. 384; Oppenhoff S. 733 Nr. 2; v. Sarwey S. 884 Nr. 2; Willenbücher S. 249 Nr. 1; v. Wilmowski S. 482 Nr. 1.

[3]) v. Kries a. a. O. S. 543, 544; Oppenhoff S. 733 Nr. 5.

[4]) Meisner S. 384; Oppenhoff S. 733 Nr. 6; Rüdorff-Stenglein S. 655 Nr. 1 a; v. Völderndorff Bd. III. S. 47 c; Willenbücher S. 250 Nr. 1. A. M.: v. Sarwey S. 884 Nr. 3; v. Wilmowski S. 509 Nr. 1.

dass es sich hier wie in Z. 2 um die Zuwendung eines Vermögensvorteiles handelt. Dieser Vermögensvorteil ist begrifflich immer ein rechtswidriger, weil den Gläubigern durch die Handlung Befriedigungsmittel entzogen werden, auf die sie nach § 1 K.-O. Anspruch haben.[1]) Würde sich die Handlung auf Vermögensstücke beziehen, welche nicht zur Masse gehören, so wäre sie nicht strafbar, weil sie die Gläubiger nicht schädigt.

3) Bezüglich der unter Z. 2 fallenden Handlungen vgl. Bem. II. 3 zu §§ 209 ff. Zu beachten ist, dass das Gesetz nur solche Handlungen mit Strafe bedroht, welche „im Verfahren" d. h. im Kv. vorgenommen worden sind. Wurde die erdichtete Forderung nur bei aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen geltend gemacht, so ist die Anwendung des § ausgeschlossen.[2]) Es wird jedoch nicht vorausgesetzt, dass zur Zeit, als die Handlungen vorgenommen wurden, bereits das Kv. eröffnet war. Vielmehr gehören auch solche Handlungen hierher, welche in dem auf Grund des § 97 erfolgten Verfahren stattgefunden haben. Dass die in Frage stehende Handlung, wenn das Kv. auf Grund einer Zahlungseinstellung eröffnet wurde, nach der K.-E. vorgenommen worden sein muss, ergiebt sich hieraus von selbst.[3]) Damit die Bestrafung erfolgen kann, wird unter allen Umständen vorausgesetzt, dass der Beschuldigte von der Zahlungseinstellung oder K.-E. Kenntnis hatte. Unkenntnis dieser Umstände, die besonders bei vorgeschobenen Personen vorliegen kann, schliesst nach § 59 St.-G.-B. die Bestrafung aus. Handelt eine solche Person vorsätzlich, so ist sie als Mitthäter zu behandeln. Der Vermögensvorteil ist auch hier begrifflich ein rechtswidriger, weil er durch eine erdichtete Forderung angestrebt wird.[4]) Vom Thatbestande des Betruges unterscheidet sich der hier in Frage stehende Thatbestand dadurch, dass der Eintritt einer Vermögensbeschädigung zur Vollendung nicht erforderlich ist.[5]) Daher ist sog. ideale Konkurrenz mit Betrug denkbar, falls Vermögensbeschädigung eintritt.

4) Wenn der Dritte durch eine Handlung, welche den Thatbestand des § 212 erfüllt, Beihilfe zum betrüglichen Bankerutte leistet, so ist durch eine Handlung sowohl § 209 als § 212 verletzt (Bem. 1). Die Beurteilung dieses Zusammentreffens ist jedoch eine verschiedene, je nachdem der Thatbestand von § 212 Z. 1 oder Z. 2 erfüllt ist. Im ersteren Falle liegt bloss Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne vor und ist folglich nur das Strafmaass des § 212, nicht § 74 St.-G.-B. anzuwenden. Die Gehilfenhandlung ist in der Thäterhandlung enthalten; denn wenn auch § 212 nicht ausdrücklich verlangt, dass der Thäter den Gemeinschuldner unterstützt, so ist doch das Thatbestandsmerkmal „im Interesse des Schuldners" so umfassend, dass es auch die Gehilfenhandlung und die Benachteiligungsabsicht deckt. Wer den Schuldner bei dessen eigener strafbaren Handlung unterstützt, handelt auch in dessen Interesse.[6]) Im andern Falle kann unter Umständen auch Gesetzeskonkurrenz gegeben sein, nämlich wenn der Thäter nur die erste Alternative der Z. 2 verwirklicht und im Interesse des Schuldners gehandelt hat; auch hier ist dann bloss das Strafmaass des § 212 anwendbar. Möglicherweise liegt aber die sog. ideale Konkurrenz vor und ist gemäss § 73 St.-G.-B. die Strafe nach § 209 (Zuchthaus bis zu 15 Jahren) auszumessen. Dies ist der Fall, wenn der Thäter in der Absicht gehandelt hat, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen; denn dann ist der Thatbestand des

[1]) Geyer, Grundriss Bd. 2 S. 68. A. M.: Meyer S. 741.

[2]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 3 S. 50.

[3]) Hälschner Bd. 2 S. 419, 420; Oppenhoff S. 734 Nr. 10; v. Schwarze S. 831 Nr. 3; Willenbücher S. 250 Nr. 1.

[4]) Hälschner Bd. 2 S. 420; Simonson, Der Begriff des „Vorteils" S. 69; v. Völderndorff Bd. 3 S. 48 Anm. 13. A. M.: Geyer Bd. 2 S. 67, 68; Meyer S. 741.

[5]) Hälschner Bd. 2 S. 420; Oppenhoff S. 733 Nr. 4; Simonson a. a. O.; v. Völderndorff Bd. 3 S. 49. A. M.: Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 823.

[6]) Hälschner Bd. 2 S. 420, 421; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 823; Meyer S. 741 Anm. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 2. A. M.: Oppenhoff S. 733 Nr. 2; Wengler S. 712 Nr. 5; R.-G. (IV.) 13. Jan. 1891, Entsch. Bd. 21 S. 291, welche ideale Konkurrenz annehmen.

§ 209 nicht vollständig in dem des § 212 enthalten, weil die auf Erringung eines Vermögensvorteils gerichtete Absicht die Benachteiligungsabsicht nicht in sich enthält. Dass hier eine strengere Strafdrohung als im ersten Falle zur Anwendung kommt, ist mit Rücksicht auf die Gewinnsucht vollständig gerechtfertigt.[1]) Der besondere Thatbestand des § 212 schliesst jedoch nicht begrifflich die Teilnahme am Verbrechen des § 209 in sich; es ist vielmehr ein zufälliges Zusammentreffen, wenn jene Handlung sich zugleich als Beihilfe zum betrüglichen Bankerutte darstellt.[2]) Diese Beihilfe kann auch in sachlichem Zusammenflusse mit dem Verbrechen aus § 212 vorliegen, z. B. wenn der Dritte zunächst den Schuldner durch Rat unterstützt hat und dann noch unabhängig hiervon eine nach § 212 strafbare Handlung begeht.[3]) § 212 kann auch zu dem Zwecke verletzt werden, um dem Schuldner die durch den betrüglichen Bankerutt erstrebten Vorteile zu sichern; dann liegt sogen. ideale Konkurrenz von § 212 mit § 257 St.-G.-B. vor, weil der letztere Thatbestand die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens seitens des Begünstigten voraussetzt, während eine solche Voraussetzung bei § 212 fehlt. In solchen Fällen findet hiernach die strengere Strafe des § 212 Anwendung.[4]) Der nach § 212 zu bestrafende Thäter kann aber nicht Mitthäter zum betrüglichen Bankerutt eines andern sein, weil § 209 als Thäter den Schuldner selbst voraussetzt.

§ 213.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder andern Personen besondere Vorteile dafür hat gewähren oder versprechen lassen, dass er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

(E. § 213; M. S. 461; K. S. 126)

1) Durch § 213 wird der sogen. „Stimmenkauf" mit Strafe bedroht. Dieser besteht darin, dass ein Gläubiger dem Gemeinschuldner oder andern Personen gegen Gewährung besonderer vermögensrechtlicher Vorteile seine Stimme verspricht. Durch die Vorschrift werden nur „Gläubiger", nicht dritte Personen betroffen; es wird also vorausgesetzt, dass dem Beschuldigten wirklich eine Forderung zusteht oder dass er eine solche wenigstens zu haben behauptet. Die erfolgte Anmeldung ist ebensowenig erforderlich wie die Feststellung oder Einräumung eines Stimmrechtes für die Forderung.[5]) In diesem allgemeinen Sinne wird der Begriff „Gläubiger" auch sonst in der K.-O. gebraucht (Bem. II. 2 zu §§ 79 ff., § 103 Abs. 3, Bem. I. 2 zu §§ 129 ff.). Absonderungsberechtigte kommen nur insofern in Betracht, als

[1]) A. M.: Neumeyer S. 182 ff., welcher die Möglichkeit einer Konkurrenz der Thäterschaft aus § 212 und der Beihilfe zu einem Delikt aus § 209 leugnet, wohl aber Zusammentreffen von Thäterschaft aus § 212 und Mitthäterschaft aus § 209 zugiebt und in diesem Falle ohne Unterschied ideale Konkurrenz annimmt.

[2]) Berner S. 596; Hälschner Bd. 2 S. 426; v. Kries, Z. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. 7 S. 543, 544; Meisner S. 384; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 3 S. 823; Neumeyer S. 182; v. Sarwey S. 884 Nr. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 2; Wengler S. 712; Willenbücher S. 250 Nr. 2; v. Wilmowski S. 482 Nr. 1; R.-G. (I.) 17. Jan. 1884, (IV.) 13. Jan. 1891, Entsch. Bd. 9 S. 430, Bd. 21 S. 291. Vgl. dagegen Rüdorff-Stenglein S. 656 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. 3 S. 45 ff.

[3]) Oppenhoff S. 733 Nr. 2; pr. O.-A.-G. 21. März 1874, Arch. f. Strafr. Bd. 22 S. 271.

[4]) Oppenhoff S. 733 Nr. 2; R.-G. (IV.) 29. Nov. 1887, Rechtspr. Bd. 9 S. 684, 685; Jur. Woch. 1888 S. 64.

[5]) v. Sarwey S. 885 Nr. 1a; v. Völderndorff Bd. 3 S. 56 Nr. II.; v. Wilmowski S. 510. A. M.: Stieglitz S. 716.

sie K.-Gl. zu sein behaupten (Bem. III. 1 zu § 85 ff.).[1]) Auf die Feststellung der Forderung darf schon deshalb nicht das entscheidende Gewicht gelegt werden, weil Gläubiger nicht festgestellter, sogar nicht geprüfter Forderungen immerhin zur Abstimmung zugelassen werden können (§§ 87, 88). Auch derjenige kann hiernach das Vergehen verüben, der sich auf Grund einer zum Schein erfolgten Übertragung (als Strohmann) in das Verfahren mischt.[2]) Dagegen wird der Thatbestand nicht dadurch erfüllt, dass jemand sich lediglich für seine Bereitwilligkeit, als Strohmann aufzutreten, bezahlen lässt, d. h. Ersatz für Zeitverlust verlangt. Zum Thatbestande des Vergehens gehört einmal die Zusage des Gläubigers, „in einem gewissen Sinne" zu stimmen, und dann die Annahme eines als Gegenleistung hierfür gewährten besondern Vorteiles oder eines darauf gerichteten Versprechens. Die Abrede bezüglich der Abstimmung muss nicht den Zweck haben, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Die hergebrachte Bezeichnung des Thatbestandes als Stimmenkauf darf auch nicht zu der Annahme verleiten, dass ein Kauf im civilrechtlichen Sinne vorliegen müsse.[3]) Die Vorteile brauchen weder Vermögensvorteile[4]) noch rechtswidrige zu sein. „Besondere" Vorteile sind solche, auf welche der Gläubiger einen civilrechtlichen Anspruch nicht hat. Es ist weder erforderlich, dass wirklich eine Abstimmung stattfand; noch wird der Nachweis vorausgesetzt, dass der Gläubiger überhaupt abgestimmt hat[5]) und ohne das Versprechen oder Gewähren des Vermögensvorteiles anders abgestimmt haben würde. Die Zusage, „in einem gewissen Sinne" zu stimmen, liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger versprochen hat, ein für allemal im Interesse des Gemeinschuldners oder übereinstimmend mit einem gewissen Gläubiger abzustimmen. Dass der Gegenstand der Abstimmung speciell bezeichnet wurde, ist nicht erforderlich.[6])

2) Die Abrede kann sich auf jede beliebige Beschlussfassung im Laufe des Kv. beziehen; insbesondere ist die Vorschrift nicht bloss auf solche Abreden beschränkt, welche die Abstimmung über den Zw.-V. zum Gegenstand haben. Jedoch muss bei der Abrede ein bestimmtes Kv. ins Auge gefasst sein, dessen Ergebnisse beeinflusst werden sollen. Dass das Verfahren bereits zur Zeit der Verabredung schweben muss, ist anzunehmen, weil vorausgesetzt wird, dass bereits ein Gemeinschuldner vorhanden ist.[7]) Ob das Kv. über das Vermögen einer physischen Person oder über einen Nachlass oder über das Vermögen einer juristischen Person in Frage steht, ist unerheblich. Der Thatbestand ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht gegeben, wenn jemand gegen Gewährung von Vorteilen nur versprochen hat, sich der Abstimmung zu enthalten. Der nicht Abstimmende wird als nicht erschienen behandelt. Die Enthaltung kann deshalb nicht

[1]) O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, R.-G. (I.) 4. Febr. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 39 u. 221.

[2]) Katz, Edw., Die strafrechtl. Bestimmungen des H.-G.-B. S. 110; Petersen u. v. Pechmann, Aktienges. S. 625; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 3; v. Sarwey S. 884 Nr. 1a; v. Völderndorff Bd. 3 S. 52; Willenbücher S. 250; v. Wilmowski S. 483.

[3]) R.-G. (I.) 3. April 1882 u. 9. April 1888, (II.) 28. Okt. 1890, Entsch. Bd. 6 S. 194, Bd. 17 S. 296, Jur. Woch. S. 425 Nr. 4.

[4]) Katz a. a. O. S. 109; Oppenhoff S. 717; Petersen u. v. Pechmann a. a. O. S. 626; Ring, Reichsges., betr. die Kommanditges. auf Aktien S. 594; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 4; v. Schwarze S. 832 Nr. 4; Simonson, Der Begriff des „Vorteils" S. 95; Stieglitz S. 717. A. M.: Kayser, Aktienges. S. 153; v. Völderndorff Bd. 3 S. 53 u. Aktienges. S. 779.

[5]) Fitting S. 412 § 58 Nr. I. 6; Katz a. a. O. S. 109; Oppenhoff S. 735 Nr. 7; Petersen u. v. Pechmann, Aktienges. S. 626 Nr. 2; Ring a. a. O. S. 593, 594; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 6; v. Sarwey S. 885 Nr. 1a; Simonson a. a. O. S. 93; Stieglitz S. 717; Willenbücher S. 250; v. Wilmowski S. 510. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 51 Anm. 1.

[6]) Stieglitz S. 717; v. Völderndorff Bd. 3 S. 53. A. M.: Oppenhoff S. 735 Nr. 6; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 5.

[7]) Hälschner Bd. 2 S. 423; Oppenhoff S. 735 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. 3 S. 52 Nr. I. A. M.: Stieglitz S. 716.

als eine Art von Abstimmung behandelt werden (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff.).[1]) Die Erhebung oder Unterlassung eines Widerspruchs im Prüfungstermine ist gleichfalls als Abstimmung nicht anzusehen, weil jede derartige Erklärung für sich allein wirkt. Ein in dieser Beziehung gegebenes Versprechen fällt daher nicht unter § 213. Ebensowenig gehört hierher eine anderweitige selbständige Ausübung von Gläubigerrechten, z. B. des Rechtes der Beschwerde, der Einwendung gegen die Schlussrechnung, oder Verzicht auf abgesonderte Befriedigung.[2]) Der Stimmenkauf mit Bezug auf ein anderes Verfahren, z. B. einen aussergerichtlichen Nachlassvergleich, ist nicht nach § 213 strafbar.[3])

3) Andere Personen als Gläubiger können sich der Beihilfe zu der aus § 213 strafbaren Handlung schuldig machen. Wer den Gläubiger besticht, kann als Anstifter bestraft werden, sofern er über das vorausgesetzte Versprechen hinausgegangen ist und den Entschluss zum Verkaufe der Stimme im Gläubiger hervorgerufen hat. Auch in dieser Beziehung ist es gleichgültig, ob eine Abstimmung stattfand und ob der Bestochene sein Versprechen erfüllt hat Das Vergehen ist vollendet, sobald das Versprechen, in gewissem Sinne zu stimmen, unter Annahme von Vorteilen oder des auf solche gerichteten Versprechens erfolgt ist.[4]) Wenn die Anregung von dem Gläubiger ausging, kann dagegen der Bestechende auch nicht als Gehilfe bestraft werden.

Über die Frage, ob der Geber oder der Fiskus die für das Versprechen der Stimme gemachte Leistung zurückfordern kann, entscheidet das bürgerliche Recht.[5])

§ 214.

Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

(E. § 214; M. S. 461, 462; K. S. 126.)

1) § 214 schliesst sich den besondern Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff. und Reichsges. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossensch. §§ 91 ff.) an. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft sind nicht Schuldner oder Gemeinschuldner, sondern nur Vertreter von solchen. Die gegen Schuldner oder Gemeinschuldner gerichteten §§ 209—211 könnten daher auf sie nicht unmittelbar Anwendung finden. Da aber die Handlung eines Vorstandsmitgliedes thatsächlich dieselben Merkmale an sich tragen kann, welche die von einem Schuldner selbst begangenen Handlungen als betrüglichen oder einfachen Bankerutt

[1]) Oppenhoff S. 735 Nr. 6; Petersen u. v. Pechmann, Aktienges. S. 625 Nr. 2; v. Schwarze S. 832 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. 3 S. 53 Nr. V.; Willenbücher S. 250.

[2]) R.-G. (I.) 4. Febr. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 221.

[3]) O.-L.-G. Karlsruhe 5. Jan. 1888, bad. Ann. Bd. 54 S. 209 u. Puchelts Z. Bd. 20 S. 33.

[4]) Geyer Bd. 2 S. 68; Hälschner Bd. 2 S. 423; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. 4 S. 454; Oppenhoff S. 735 Nr. 8; Stieglitz S. 717; R.-G. (IV.) 24. März 1885, Entsch. Bd. 12 S. 122. Die Bestrafung wegen Anstiftung wird für unzulässig erklärt von: Katz, Edw., a. a. O. S. 109; v. Kries, Z. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. 7 S. 547; Meyer S. 742; Petersen u. v. Pechmann, Aktienges. S. 626 Nr. 3; Ring, Aktienges. S. 594; Rüdorff-Stenglein S. 657; v. Völderndorff, Aktienges. S. 756, 778.

[5]) R.-G. (IV. Civilsen.) 9. Dez. 1889, Entsch. in Civils. Bd. 25 S. 258 ff.

kennzeichnen oder unter den Thatbestand des § 211 stellen, und auch die Vorstandsmitglieder als strafbar erscheinen, wenn sie solche Handlungen vornehmen, wurden die Bestimmungen der §§ 209—211 auf sie ausgedehnt. Dieselbe Ausdehnung erfolgte in Ansehung der Liquidatoren und zwar nicht bloss derjenigen einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, sondern auch gegenüber den Liquidatoren einer offenen oder Kommanditgesellschaft. Hinsichtlich anderer Vertreter von physischen und juristischen Personen wurde angenommen, dass die Bestimmungen des St.-G.-B. über Betrug, Unterschlagung oder strafbaren Eigennutz u. s w. in Verbindung mit § 212 K.-O. ausreichen (M. S. 462). Hat sich der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft einer nach § 214 strafbaren Handlung schuldig gemacht, so wird die Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung diese Handlung gebilligt oder sogar deren Vornahme beschlossen hat. Der Vorstand darf solche Handlungen nicht vornehmen und wird dadurch, dass ihm andere zugestimmt oder ihn zu seinen Handlungen veranlasst haben, von seiner Verantwortlichkeit nicht befreit.[1]) Soweit es sich um Kommanditgesellschaften bezw. Kommanditgesellschaften auf Aktien handelt, kommt § 214 nur insofern zur Anwendung, als Liquidatoren in Frage stehen. Die persönlichen Gesellschafter sind ebenso wie die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft selbst Schuldner; ihre Strafbarkeit bemisst sich also ohne weiteres nach den §§ 209—211.

2) Der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft hat als solcher dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Bücher geführt werden (Art. 239 Abs. 1 H.-G.-B. und § 31 Abs. 1 Gen.-Ges.). Er ist sonach für die Nichtführung sowie für unordentliche Führung der Bücher verantwortlich. Ebenso hat er nach Art. 239 Abs. 1 H.-G.-B. und § 31 Abs. 2 Gen.-Ges. die gesetzliche Verpflichtung, der Generalversammlung die Bilanz vorzulegen. Wenn im Gesetze gesagt ist: „eine Bilanz“, so kann nur eine richtige, d. h. einerseits eine der Wahrheit entsprechende und andererseits eine kaufmännisch richtig aufgestellte, die vollständige Vermögensübersicht gewährende, Bilanz gemeint sein. Daraus ergiebt sich aber auch die gesetzliche Verpflichtung, für die rechtzeitige und richtige Aufstellung der Bilanz zu sorgen, denn ohne diese Pflicht hätte die erstere keinen Wert. Insofern muss also auch gegenüber dem Vorstande einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft § 209 Z. 3 mit § 210 Z. 2 und 3 Anwendung finden.[2]) Der Vorstand kann die erwähnten Verpflichtungen ebenso wie der Einzelkaufmann dadurch erfüllen, dass er die Buchführung einem Buchhalter überträgt; er kann aber dadurch die Verantwortung für Unterlassungen und Mängel sowenig wie der Einzelkaufmann von sich abwälzen (Bem. III. 3 zu §§ 209, 210). Art. 235 H.-G.-B. und § 40 Gen.-Ges. treffen hier nicht zu, weil die Buchführung nicht als ein besonderer Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufzufassen ist. Auch wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandes nicht dadurch beeinflusst, dass die Vorstandswahl sich auf ungeeignete Personen richtete. Durch die Wahl und deren Annahme wird zwischen dem Gewählten und der Gesellschaft ein Rechtsverhältnis begründet, das jenen zur ordnungsmässigen Geschäftsführung verpflichtet. Ebenso ist diese Verpflichtung unabhängig von etwaigen Mängeln der Wahl. Der Gewählte kann daher auch die Geschäfte nach der Annahme nicht willkürlich und einseitig niederlegen.[3])

3) Wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht, so kann die Strafe aus § 209 nur gegen diejenigen Vorstandsmitglieder verhängt werden, welche in Benachteiligungsabsicht gehandelt haben. Ebenso darf die Strafe aus § 210 wegen Unterlassung der Buchführung oder Bilanzziehung oder wegen unordentlicher Buchführung nicht ohne Prüfung und Feststellung der die einzelnen Mitglieder treffenden Schuld über alle Vorstands-

[1]) Oppenhoff S. 735 Nr. 2; Rüdorff-Stenglein S. 658 Nr. 2; v. Sarwey S. 887; Stieglitz S. 719; v. Völderndorff Bd. 3 S. 55; v. Wilmowski S. 511.

[2]) R.-G. (I.) 9. März 1885, Rechtspr. Bd. 7 S. 156 ff.; verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 326 ff.

[3]) R.-G. (IV.) 14. Okt. 1887, Entsch. Bd. 16 S. 269 ff.

mitglieder verhängt werden. Denn auch der Thatbestand des einfachen Bankerutts setzt Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) voraus (Bem. III. 1 zu §§ 209 ff.). Wie der offene Gesellschafter nicht bestraft werden kann, wenn er durch Vorspiegelung falscher Thatsachen seitens eines andern Gesellschafters in Irrtum versetzt wurde (Bem. III. 3 zu §§ 209 ff.), so können auch die einzelnen Vorstandsmitglieder sich gegenüber der Anklage aus § 210 auf Irrtum (§ 59 St.-G.-B.) berufen. Auch kann das im Vorstandskollegium überstimmte Mitglied unmöglich für die bei diesem Anlasse bethätigte Fahrlässigkeit oder für den Vorsatz der übrigen Mitglieder bestraft werden. Dem einzelnen Vorstandsmitgliede muss ferner die Berufung auf die bestehende Geschäftsverteilung zur Entlastung gereichen. Die mehreren Vorstandsmitglieder stehen der Geschäftsaufgabe der Gesellschaft anders gegenüber wie mehrere Gesellschafter den Aufgaben ihrer Handelsgesellschaft. Im letztern Falle sind alle Geschäfte eigene Geschäfte eines jeden Gesellschafters, woran durch die Geschäftsverteilung nichts geändert werden kann. Die Handelsbücher der Gesellschaft sind die eigenen Bücher eines jeden Gesellschafters. Deshalb ist jeder Gesellschafter, sofern er nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde, für die Buchführung und deren Mängel verantwortlich; ebenso ist die Bilanz der Gesellschaft für jeden Gesellschafter die Bilanz seines eigenen Geschäftes; er muss sie daher mit seiner Unterschrift versehen und hat zu prüfen, ob sie der Wahrheit und den kaufmännischen Regeln entspricht. Wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft aus mehreren Personen gebildet wird, so ist dagegen von vorneherein die Absicht vorhanden, dass nicht jedes Vorstandsmitglied alle Verpflichtungen des Vorstandes für sich allein wahrzunehmen habe. Auch gestattet das Gesetz, indem es einen aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstand zulässt, damit zugleich, dass die gesetzlichen Verpflichtungen unter die einzelnen Mitglieder verteilt werden. Die Summe der Verpflichtungen ist nicht begrifflich an die Person eines jeden Mitgliedes geknüpft, weil die Vorstandsmitglieder nur fremde Geschäfte verwalten. Wenn in einem technischen Unternehmen zwei kaufmännische und ein technischer Direktor als Vorstandsmitglieder bestellt sind, so kann hiernach die Geschäftsverteilung, welche vorbehaltlich einzelner durch Mehrheitsbeschluss zu erledigender Angelegenheiten den technischen Direktor auf die technische Leitung, die kaufmännischen Direktoren auf die kaufmännische Leitung beschränkt, nur den Sinn haben, dass jedem Vorstandsmitgliede ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen sei. Eine solche Geschäftsverteilung ist aber nicht verboten. Da es im praktischen Leben unerträglich wäre, wenn der Kaufmann in die Einzelheiten des technischen Betriebes, der Techniker in die des kaufmännischen Betriebes sich einmischen wollte, so kann das Gesetz auch nicht gewollt haben, dass rechtlich ein solcher Zustand bestehe, dass z. B. der technische Direktor ungeachtet der Geschäftsverteilung Anordnungen hinsichtlich der Einzelheiten der Buchführung treffe. Ist dies richtig, so kann dem technischen Direktor in diesem Falle ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden, wenn er sich um die Buchführung nicht annimmt. Rechtlich kann aber auch nichts darauf ankommen, ob etwa sämtliche Mitglieder des Vorstandes Kaufleute sind, weil die Verteilung der Geschäfte gesetzlich zulässig ist und das einzelne Vorstandsmitglied an sich nicht die Befugnis hat, die übrigen Mitglieder zu überwachen und ihnen Vorschriften zu machen.[1]) Dasselbe gilt von den Stellvertretern der Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden nur insoweit zur Last fallen kann, als sie in Ausübung der ihnen obliegenden Thätigkeit vorsätzlich oder fahrlässig ihre Pflicht verletzt haben, nicht aber, solange ein Vertretungsfall überhaupt nicht eingetreten war. Solange der Stellvertreter an den Geschäften des Vorstandes gar nicht beteiligt ist, kann er auch die Pflichten eines Vorstandsmitgliedes nicht verletzen.[2])

[1]) R.-G. (I.) 9. März 1885, Entsch. Bd. 12 S. 78 ff., Rechtspr. Bd. 7 S. 156 ff.; Neumeyer S. 156 Anm. 3. A. M.: R.-G. (verein. Strafsen.) 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. 13 S. 236 ff.; Oppenhoff S. 736 Nr. 4.

[2]) R.-G. (I.) 9. März 1885 a. a. O., bes. S. 160 ff.

Gesetz,

betreffend die Einführung

der

Konkursordnung.

§ 1.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reiches gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetz in Kraft.

§ 2.

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

(E. §§ 1 und 2; M. S. 463; K. S. 133.)

1) In § 1 E.-G. z. G.-V.-G. ist bestimmt worden, dass das letztere an einem durch Kaiserliche Verordnung zu bezeichnenden Tage, spätestens aber am 1. Oktober 1879, in Kraft treten solle. Dieser letztere Tag ist dann auch festgehalten worden. In den Konsulargerichtsbezirken ist die K.-O. an dem nämlichen Tage in Kraft getreten (§ 47 Reichsges. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit). Bezüglich der Schutzgebiete richtet sich der Zeitpunkt des Inkrafttretens nach den Kaiserlichen Verordnungen (Reichsges. v. 17. April 1886 u. 15. März 1888, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, § 2.)[1])

2) In § 2 wird der Ausdruck „Gesetz" in gleicher Weise wie in § 7 E.-G. z. St.-P.-O. und in § 12 E.-G. z. C.-P.-O. erläutert. In der Reichstagskommission (K. S. 133) wurde zutreffend bemerkt: „unter Rechtsnorm sei das aus objektiver Rechtsquelle fliessende Recht, also sowohl Gesetzes- wie Gewohnheitsrecht zu verstehen." Im übrigen vgl. Petersen C.-P.-O. § 12 E.-G., Bem. III. zu §§ 511 ff.

§ 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

[1]) Die bisher erlassenen Kaiserlichen Verordnungen sind mitgeteilt in Buschs Z. Bd. 11 S. 157 ff., Bd. 12 S. 197 ff., Bd. 14 S. 214, Bd. 15 S. 544; Bd. 17 S. 274.

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichtes;
2. die Vorschriften der §§ 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshilfe, vom 21. Juni 1869;
3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuches.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Maassgabe des § 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.

Die Verjährung zugunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.

(E. § 3; M. S. 463—467; K. S. 133, 134.)

I. Allgemeiner Grundsatz. (Abs. 1).

1) In § 3 wird im Anschlusse an § 13 E.-G. z. C.-P.-O. und an § 5 E.-G. z. St.-P.-O. das Verhältnis der K.-O. zu denjenigen Reichsgesetzen, welche Vorschriften über Konkursrecht oder das Kv. enthalten, geregelt, und zwar wird auch hier der Satz aufgestellt, dass reichsgesetzliche Bestimmungen dieser Art durch die K.-O. nicht berührt werden (vgl. Petersen C.-P.-O. Bem. I. z. § 13 E.-G.). Zu den hiernach in Kraft gebliebenen, auf das Kv. bezüglichen, Vorschriften gehören:

a. Die Verordnung v. 29. Dezember 1867, betr. die Einführung des preussischen Militärstrafrechtes, Beil. B § 41 Abs. 1 (B.-G.-Bl. S. 185 ff., 297), nach welcher im Kv. über das Vermögen von Militärpersonen das Konkursgericht die Thatsachen, welche auf einen strafbaren Bankerutt schliessen lassen, dem zuständigen Militärgerichte mitteilen muss;

b. § 11 Abs. 2 des Ges. betr. die Kautionen der Reichsbeamten v. 2. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 161), nach welchem das Reich nicht verpflichtet ist, die von einem solchen Beamten zum Zwecke der Kautionsstellung verpfändeten Wertpapiere im Falle eines Konkurses „in die Konkursmasse einzuliefern“;

c. § 3 Z. 2 u. § 4 des Wahlges. für den Reichstag v. 31. Mai 1869 (B.-G.-Bl. S. 145), nach welchen Personen, über deren Vermögen das Kv. eröffnet wurde, weder in den Reichstag wählen, noch in diesen gewählt werden dürfen;

d. § 83 Z. 2 u. § 86 der Gew.-O. v. 1. Juli 1883 (R.-G.-Bl. S. 159), nach welchen solchen Personen der Eintritt in eine Innung versagt werden und ebenso der Ausschluss von der Ausübung des Stimmrechtes und der Ehrenrechte erfolgen kann;

e. § 20 Z. 2 des Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 (R.-G.-Bl. S. 61), welcher das Vorzugsrecht des Reiches im Konkurse von Reichsbeamten regelt, denen bezüglich einer Kassen- oder Vermögensverwaltung ein „Defekt“ zur Last fällt;

f. § 29 W.-O., welcher bestimmt, dass das Kv. über das Vermögen des Acceptanten den Regress auf Sicherstellung begründet. Die Anfechtbarkeit der Sicherung wird durch Aufrechterhaltung des Art. 29 W.-O. nicht ausgeschlossen, weil dieser nur das Verhältnis der Wechselgläubiger zum Wechselschuldner, nicht dasjenige zwischen den Wechselgläubigern und dessen übrigen Gläubigern regelt (Bem. II. 3 zu § 23).

Ausserdem bleiben unberührt die auf das Kv. bezüglichen Bestimmungen des H.-G.-B., insbesondere die Art. 40, 122, 123, 133, 169, 170, 200, 201, 240, 242, 258, 259, 261, 313—315, 374, 375, 382, 409—412, 472, 476, 624, 629, 675, 727, 733, 757, 758, 893, 903.

2) Bezüglich des H.-G.-B. ist im Anschlusse an die Mot. (S. 464. 465) noch zu bemerken: Die Vorschrift in Art. 40, dass die Mitteilung der Handelsbücher im Kv. gerichtlich angeordnet werden kann, wird durch die §§ 67, 107, 112 Abs. 2 der K.-O. gedeckt. Hiernach kann die Mitteilung nicht bloss angeordnet werden; sie muss auch ohne Anordnung erfolgen. — Die Vorschriften der Art. 123 Z. 1 u. 3, 170 Abs. 2, 200, 242 Z. 3, 261 Z. 3, 472 Abs. 2, 476 und 903 des H.-G.-B., betreffend die Auflösung der Handelsgesellschaften, der Reederei und der Seeversicherung, werden durch § 20 K.-O. gewahrt. — Die durch Art. 240 Abs. 2 dem Vorstand einer Aktiengesellschaft zur Pflicht gemachte Anzeige einer Vermögensunzulänglichkeit entspricht der Voraussetzung des § 193 Abs. 1 K.-O.; die Strafvorschrift des § 249a ist neben den Strafbestimmungen der K.-O. in Kraft geblieben und jetzt durch Art. 249c Z. 2 des Aktienges. v. 18. Juli 1884 ersetzt. — Die Artikel 258, 259 betreffen das Rechtsverhältnis des stillen Gesellschafters im Konkurse des Inhabers des Handelsgewerbes (vgl. oben S. 236). Art. 259 gestattet die Anfechtung der innerhalb eines Jahres vor der K.-E. bei oder ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses an den stillen Gesellschafter erfolgten Zurückzahlung der Einlage oder eines in diesem Zeitraume geschehenen Erlasses seines Verlustanteiles; die Anfechtung wird beseitigt durch den Beweis des stillen Gesellschafters, dass das Kv. in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind. Die Vorschrift bezweckt, das Anfechtungsrecht zugunsten der K.-Gl. zu erweitern, um neben einem sonst etwa bestehenden Anfechtungsrechte zur Auswahl zu dienen. Infolge davon kann der stille Gesellschafter zur Entkräftung einer aus § 25 Z. 1 K.-O. hergeleiteten Anfechtung eines Erlasses sich nicht auf den in Art. 259 gestatteten Gegenbeweis berufen. Die beiden Anfechtungsarten sollen nebeneinander bestehen. Die Anfechtung einer Zurückzahlung der Einlage auf Grund des § 259 verträgt sich auch mit § 23 Z. 2 K.-O., da hier ein kürzerer Zeitraum der Anfechtbarkeit festgesetzt und statt des Gegenbeweises der spätern Entstehung der Zahlungsunfähigkeit der Gegenbeweis verlangt wird, dass der stille Gesellschafter den Ausbruch der Zahlungsunfähigkeit und eine dolose Absicht des Gemeinschuldners nicht gekannt habe. Das eigentümliche gesellschaftliche Element in dem Verhältnisse eines stillen Gesellschafters rechtfertigte es, diesem gegenüber den längern Zeitraum bestehen und ohne jene Kenntnis das vorgängige Entstehen der Zahlungsunfähigkeit entscheiden zu lassen. — Der in Art. 122 (169) H.-G.-B. zugunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt, den Privatgläubigern des in Konkurs verfallenen Gesellschafters einer offenen oder Kommanditgesellschaft in Bezug auf sein Privatvermögen ein Absonderungsrecht zu gewähren, ist, insoweit die Landesgesetze bisher von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht haben, durch § 4 E.-G. und § 3 Abs. 1 K.-O. beseitigt worden. — Das in Art. 313 bis 315 H.-G.-B. geregelte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs aus Art. 374, 375, dasjenige des Spediteurs aus Art. 382, des Frachtführers in Gemässheit der Art. 409—412, des Verfrachters nach Maassgabe der Art. 624 bis 629, 675, der Vergütungsberechtigten im Falle grosser Havarie aus Art. 727 (733) und der Schiffsgläubiger gemäss Art. 758, 759, 761 ff., sowie das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht der Gläubiger wegen Bergungs- und Hilfekosten nach Art. 753 (Strandungsordnung §§ 20, 21, R.-G.-Bl. 1874 S. 73) und des Versicherungsnehmers aus Art. 893 sind durch § 41 Z. 8 K.-O. ausdrücklich aufrechterhalten worden. Hiernach bedurfte es nirgends einer besondern Bestimmung inbetreff des H.-G.-B. In der Reichstagskommission wurde bezüglich des Art. 259 H.-G.-B. einesteils bezweifelt, ob dessen Aufrechterhaltung, welche ohne Kenntnis der Motive auch nicht leicht erkennbar sei, überhaupt als notwendig erscheine, andererseits das Bedenken ausgesprochen, daraus, dass Art. 259 besonderes Recht enthalte, könne geschlossen werden, dass die allgemeinen Vorschriften der K.-O. überhaupt nicht gälten, soweit

die Anfechtung eines der in Art. 259 erwähnten Akte in Frage sei. Der § wurde jedoch unverändert angenommen, nachdem Hagens die in den Mot. enthaltene Auffassung ausführlich verteidigt und Hertz noch bemerkt hatte: „In Bezug auf das Verhältnis zwischen Anfechtung aus Art. 259 H.-G.-B. und aus dem materiellen Konkursrechte werde nur der gegenwärtige Rechtszustand konserviert, nach welchem beide Anfechtungsberechtigungen wahlweise nebeneinander bestehen, ohne sich aufzuheben. Auch nach bestehenden Konkursgesetzen sei eine Anfechtung unentgeltlicher Veräusserungen unabhängig von der in Art. 259 H.-G.-B. gedachten spätern Entstehung der Zahlungsunfähigkeit. Jedenfalls sei die Rückzahlung von Einlagen an den stillen Gesellschafter nicht immer unter den Gesichtspunkt der freiwilligen, unentgeltlichen Veräusserung zu bringen, dieser Fall des Art. 259 werde also nicht durch § 25 Z. 1 gedeckt" (K. S. 133, 134). Diesen Ausführungen kann einfach beigetreten werden.

II. Reichsgesetzliche Vorschriften, welche durch die Konkursordnung beseitigt werden (Abs. 2 Z. 1—3).

Die auf das Gen.-Ges. bezüglichen Bestimmungen in Abs. 2 Z. 1 sind gegenstandslos geworden, nachdem das Gesetz vom Jahre 1868 durch das Reichsges. v. 1. Mai 1889 ersetzt worden ist (vgl. § 153 Abs. 1 des letztern Gesetzes). Die Vorschriften der §§ 13 14 und 15, sowie Abs. 2 des § 17 und Abs. 1 des § 18 des Rechtshilfeges., das für die Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, welche nicht vor die ordentliche Gerichte gehören, seine Bedeutung behalten hat, sind durch die K.-O. gegenstandslos geworden. Der Inhalt des § 16 Abs. 1, sowie derjenige der §§ 17 und 18 Abs. 2 war dagegen mit der K.-O. nicht zu vereinbaren (M. S. 464, 465). Die §§ 281—283 St.-G.-B. sind durch §§ 209, 210, 212 K.-O. ersetzt worden.

III. Vorschriften, welche eine Abänderung erleiden. (Abs. 3 und 4).

1) Die in Abs. 3 enthaltene Vorschrift ist eine Folgerung aus dem in § 13 aufgestellten Grundsatze. Der unbedingten Vorschrift des Art. 80 W.-O. gegenüber, dass die Wechselverjährung nur durch Klagebehändigung oder Streitverkündung unterbrochen werde, musste ausgesprochen werden, dass auch die Wechselverjährung durch die Anmeldung der Forderung unterbrochen wird (Bem. 2 zu § 13).

2) Abs. 4 behält auch neben der allgemeinen Vorschrift des § 117 Abs. 2 (mit § 135) des Reichsges. v. 1. Mai 1889 seine Bedeutung, nach welcher die Verjährung zugunsten eines Genossenschafters durch die gegen die Genossenschaft gerichteten Rechtshandlungen unterbrochen wird. Die Anmeldung im Konkurse der Genossenschaft ist nicht als eine gegen die Genossenschaft gerichtete Handlung anzusehen, weil die Genossenschaft durch die K.-E. aufgelöst wird (§ 94 Gen.-Ges.). Dieser Gedanke ist allerdings nicht folgerichtig durchgeführt (§ 97 Gen.-Ges.). Aber bezüglich der Verjährung würde er ohne die Vorschrift des Abs. 4 wohl durchschlagen. Hinsichtlich der blossen Nachschusspflicht (§ 2 Z. 2 Gen.-Ges.) ist eine besondere Verjährungsfrist nicht bestimmt; die ausgeschiedenen Genossenschafter sind daher von der Beitragspflicht im Konkurse der Genossenschaft (§ 122, 123) nur dann befreit, wenn zu ihren Gunsten die gewöhnliche Verjährung des bürgerlichen Rechtes abgelaufen ist.

§ 4.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debitverfahren, über gerichtiche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende

Stundungs- und Nachlassverhandlungen, konkursmässige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung sowie über das Konkursrecht, insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, dass sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

§ 5.

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen;
2. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechtes unter Strafe stellen.

(E. §§ 4 und 5; M. S. 467—469; K. S. 134, 202—204.)

I. Aufhebung landesgesetzlicher Bestimmungen. (§ 4).

1) Die K.-O. macht Landesgesetze, welche das von ihr beherrschte Gebiet betreffen, überflüssig. Deshalb wurden, soweit nicht auf sie in der K.-O. ausdrücklich verwiesen oder hier ausgesprochen ist, dass sie unberührt bleiben sollen (vgl. §§ 20, 35, 39, 43, 45, 106, 116, 180), nicht bloss die mit der K.-O. in Widerspruch stehenden, sondern auch solche auf den Konkurs bezügliche Vorschriften des Landesrechtes aufgehoben und für die Zukunft ausgeschlossen, welche nicht in die K.-O. aufgenommen sind und an sich neben den Bestimmungen der letztern bestehen könnten (M. S. 467). Auch die auf dem Staatsvertrage eines Bundesstaates beruhenden oder in einem solchen Vertrage enthaltenen landesgesetzlichen Vorschriften haben durch § 4 E.-G. ihre Kraft verloren. Solche Vertragsbestimmungen haben für die Staatsangehörigen nur deshalb bindende Kraft, weil ihnen diese durch einen Befehl des Staates beigelegt worden ist. Dem Reichsgesetze müssen auch solche Vorschriften weichen, denen stärkere Wirkungen als förmlichen Landesgesetzen nicht zukommen. So wenig ein Bundesstaat in der Lage ist, durch neu abgeschlossene Staatsverträge ein Reichsgesetz abzuändern, so wenig lässt sich der Satz aufrechterhalten, dass solche Staatsverträge durch die Reichsgesetzgebung nicht berührt werden. [1])

2) Durch die im § verfügte Aufhebung, welche in gleicher Weise durch § 14 E.-G. z. C.-P.-O. erfolgt ist, werden zunächst alle landesrechtlichen V o r s c h r i f t e n ü b e r d a s V e r f a h r e n betroffen, möge es den Namen Kv. oder einen andern tragen. Den Bestimmungen über das Kv. selbst sind im Gesetze die Vorschriften gleichgestellt, welche sich

[1]) Laband, Staatsrecht (II. Aufl.) Bd. 1 § 63 Nr. 3 S. 668 u. 669 Anm. 1; Oster in bad. Ann. Bd. 55 S. 268 ff.; Petersen in der Jur. Z. f. E.-L. Bd. 6 S. 324 ff. und dessen Kommentar zur C.-P.-O. Bem. 1 zu §§ 660, 661 S. 924, sowie die dort angegebene Litteratur; R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 13 S. 425 ff., bes. S. 430 ff. A. M.: R.-G. (VI.) 1. Juli 1889, Entsch. Bd. 24 S. 12 ff.

auf dessen Einleitung oder Abwendung beziehen. Insbesondere sind auch diejenigen Landesgesetze aufgehoben, welche dem Schuldner gestatten, sich durch Güterabtretung von weiterer Verfolgung zu befreien oder allgemeine Zahlungsstundungen ermöglichen. Die Befugnis zur Gewährung von Zahlungsfristen in einzelnen Prozessen ist durch § 14 Z. 4 E.-G. z. C.-P.-O. beseitigt.

Ausser den Vorschriften über das Verfahren werden durch § 4 Abs. 2 auch die landesgesetzlichen Strafbestimmungen, welche sich auf den Konkurs beziehen, beseitigt, da der im E.-G. z. St.-G.-B. (§ 2 Abs. 3) gemachte Vorbehalt durch das Inkrafttreten der K.-O. erledigt worden ist (Vorbem. II. zu §§ 209 ff.). Aufgehoben sind endlich die materiellen Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs, gleichviel ob sie in Konkursordnungen, Prozessgesetzen, bürgerlichen Gesetzbüchern oder in andern Rechtsquellen enthalten sind — das sogenannte Konkursrecht. Dieser Ausdruck begreift in sich die Bestimmungen über die rechtlichen Voraussetzungen der K.-E. und über die Wirkungen der letztern für den Gemeinschuldner, für die einzelnen Gläubiger, für die Schuldner des Gemeinschuldners und für dritte Personen einschliesslich der Absonderungsberechtigten. Hiernach ist unter anderem auch die Bevorzugung des Fiskus und der Gemeinde beseitigt, welche in § 34 der pr. K.-O. vorgesehen war und nicht durch § 41 Z. 1 K.-O. aufrechterhalten worden ist. Ebenso ist die Rechtswohlthat des Notbedarfes aufgehoben (Bem. IV. zu §§ 149 ff.). Der Begriff des Konkursrechtes umfasst dagegen nicht die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse, soweit diese oder deren Wirkung ausserhalb des Bereiches eines Kv. bleiben, also nicht z. B. die Rechte eines Aussonderungsberechtigten gegenüber einem dritten Erwerber der Sache, die Rangverhältnisse verschiedener Absonderungsgläubiger, die Einwirkung des Konkurses des Hauptschuldners auf das Verhältnis des Gläubigers zu einem Bürgen u. s. w. Bezüglich des Art. 2102 des C. c. vgl. Bem. IV. zu § 21.

II. Vorschriften, welche in Kraft bleiben. (§ 5).

1) Die Aufrechterhaltung der landesrechtlichen Vorschriften über Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse hat in ähnlichen Erwägungen ihren Grund wie § 45 K.-O., der in Ansehung der abgesonderten Befriedigung der Lehensgläubiger u. s. w. die Landesgesetze für maassgebend erklärt. Die abgesonderte und in sich geschlossene Natur dieser Rechtsinstitute erforderte, dass auch die sonstigen sie betreffenden landesrechtlichen Vorschriften, welche das Kv. betreffen und dem Konkursrechte angehören, namentlich die Vorschriften über Lehenskompetenz, von den Bestimmungen der K.-O. unberührt bleiben.

2) Die Landesgesetze über die Strafbarkeit einer nicht oder nicht vorschriftsmässig erfolgten Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechtes (vgl. z. B. pr. E.-G. zum H.-G.-B. Art. 41, 52 § 2 und E.-G. für E.-L. Art. VII.) hängen so eng mit dem ehelichen Güterrechte zusammen und sind so sehr erforderlich zum Schutze des Kredites, dass ihre Aufrechterhaltung neben den Strafbestimmungen der K.-O. geboten war.

§ 6.

Die Bestimmungen der §§ 193, 194, 196, 214 der Konkursordnung finden auf Vereine und registrierte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

(E. § 6; M. S. 469, 470; K. S. 135.)

Die Vorschrift des § hat nur für Bayern Bedeutung. Dort wurden durch die Gesetze vom 29. April 1869 die Verhältnisse der „anerkannten Vereine“ und der „registrierten Gesellschaften“ (Erwerbs- und Wirtschaftsgen. mit beschränkter Haftbarkeit) in besonderer, von den übrigen Landesgesetzen abweichender Weise geregelt. Auch wurde bei Einführung des Gen.-Ges. v. 4. Juli 1868 in Bayern im Gesetze vom 23. Juni 1873 die Geltung der bayer. Gesetzgebung für die vor dem 1. August 1873 eingetragenen „registrierten Gesellschaften“ vorbehalten. Die konkursrechtlichen Bestimmungen der bayer. Gesetze konnten nicht nach § 4 ohne weiteres in Wegfall kommen, weil sie in der K.-O. keinen Ersatz gefunden haben würden. Anstatt die auf den Konkurs bezüglichen Vorschriften der gedachten Gesetze vom 29. April 1869 bestehen zu lassen, entschloss man sich aber, an deren Stelle die entsprechenden Bestimmungen der K.-O. zu setzen. Alle diese Vorschriften finden sowohl auf anerkannte Vereine wie auf registrierte Gesellschaften Anwendung, nicht etwa die §§ 193, 194 auf Vereine und die Vorschriften über Genossenschaften auf registrierte Gesellschaften.[1]) An die Stelle des § 196 sind übrigens jetzt die §§ 97 und 109 Abs. 1 des Reichsges. v. 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgen. getreten (§ 153 Abs. 2 dieses Ges.).

§ 7.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

(E. § 7; M. S. 470; K. S. 135.)

Diese Vorschrift entspricht den Bestimmungen der E.-G. z. G.-V.-G., z. C.-P.-O. und zur St.-P.-O. (§ 5 bezw. 4). Bezüglich der an sich klaren Bestimmung ist noch auf die Erläuterungen von Petersen zu § 5 des E.-G. zur C.-P.-O. zu verweisen.

§ 8.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

(E. § 8; M. S. 470; K. S. 135.)

Diejenigen Kv., welche am 1. Oktober 1879 bereits eröffnet worden waren, sind nach dem bisher geltenden Rechte zu erledigen,[2]) sofern die Landesgesetzgebung nichts anderes bestimmt. Dies gilt sowohl in Ansehung des Verfahrens als bezüglich des materiellen Kon-

[1]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 77 Nr. III.

[2]) R.-G. (III.) 10. Nov. 1882 und (II.) 17. Dez. 1886, Jur. Woch. 1883 S. 5, Entsch. Bd. 17 S. 41 ff.

kursrechtes. Auch hinsichtlich der geltend zu machenden Vorrechte kommt es lediglich darauf an, ob das Kv. vor oder nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden ist (vgl. Bem. I. 1 zu § 54). Ein vor dem Inkrafttreten der K.-O. eröffnetes Verfahren ist nach den bisherigen Gesetzen durchzuführen und nach diesen sind die darin zur Erledigung gelangenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen.

Für die Frage, ob das Kv. vor dem Inkrafttreten der K.-O. bereits eröffnet war, ist das bisher geltende Recht entscheidend. Es kommt lediglich darauf an, ob nach diesem Rechte die K.-E. schon vor dem 1. Oktober 1879 bewirkt war. Dass die richterliche Verfügung, durch welche das Kv. eröffnet worden ist, vor dem 1. Oktober 1879 bereits die Rechtskraft erlangt hatte, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es nach der klaren Fassung des §, dass der in Frage stehende Beschluss vor dem entscheidenden Tage ergangen ist. Wie bezüglich der C.-P.-O. (§ 18 E.-G.) lediglich der Zeitpunkt der Anhängigkeit des Rechtsstreites entscheidend ist, ohne dass es auf die Zulässigkeit der Klage u. s. w. ankommt, so hier lediglich die Thatsache der stattgehabten Eröffnung. Wird der Eröffnungsbeschluss aufgehoben, so fällt damit das ganze Verfahren zusammen. Bleibt er aber in Kraft, so ist für das ganze Verfahren der Zeitpunkt der Eröffnung maassgebend.[1]) Nach dem früher geltenden Rechte ist ferner zu entscheiden, ob der Eröffnungsbeschluss mit Recht erlassen wurde, in welcher Weise der Beschluss angefochten werden kann und welche Rechtsmittel gegen ein der Anfechtung stattgebendes oder sie zurückweisendes Erkenntnis zulässig sind.[2]) Ist in der Sache ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so finden gegen dieses als „ausserordentliche Rechtsmittel" nur die Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage gemäss der C.-P.-O. statt (§ 20 E.-G. zur C.-P.-O.).

Wenn über das Vermögen einer Person, welche zur Zeit einen Gehalt bezieht, das Kv. eröffnet wird, ist nicht bloss die Frage, ob der Gehalt in die Masse fliesst, sondern auch die weitere Frage, bis zu welcher Höhe er zur Masse gehört, nach dem Rechte zu beurteilen, welches zur Zeit der K.-E. gilt. Das Gesetz macht in dieser Beziehung einen Unterschied nicht. Es kann deshalb auch nicht anerkannt werden, dass die Frage, in welcher Höhe Gehaltsabzüge gemacht werden dürfen, nach demjenigen Gesetze zu beurteilen ist, welches zur Zeit des Anfalles der einzelnen Gehaltsteile gilt.[3]) Eine Nachtragsverteilung, welche sich auf ein vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenes Kv. bezieht, ist als ein Bestandteil des frühern Verfahrens zu behandeln und in den Formen des ältern Rechtes bezw. nach Maassgabe des etwaigen frühern „Prioritätsurteiles" zu erledigen.[4])

§ 9.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung, sofern nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

[1]) v. Sarwey S. 898 Nr. 2; Stieglitz S. 728; v. Völderndorff Bd. 3 S. 80, 81; Willenbücher S. 259.

[2]) Stieglitz S. 728, 729; v. Völderndorff Bd. 3 S. 81 Anm. 6.

[3]) Bayer. ob. Landesg. 14. Mai 1880, Samml. Bd. 8 S. 415. A. M.: v. Völderndorff in Buschs Z. Bd. 2 S. 186 ff. und O.-L.-G. München, 23. Dez. ebendaselbst.

[4]) R.-G. (III.) 7. Okt. 1887, Jur. Woch. S. 475.

§ 10.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§ 42, 48 Z. 3, 49 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene Forderung Anwendung, sofern nicht die bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadenersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkurseröffnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, dass dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmässig angemeldet ist. Der Erlass von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Maassgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

(E. §§ 9—13; M. S. 470—476; K. S. 135—138, 205—211.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die §§ 9—13 betreffen die Anwendbarkeit der K.-O. auf Kv., welche nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden sind, auf welche sonach § 8 E.-G. nicht zutrifft. Hierbei bot Schwierigkeiten nur die Anwendung der Bestimmungen des Konkursrechtes (Buch I.) auf die vor dem Geltungstermine entstandenen Rechtsverhältnisse. Die unmittelbaren Wirkungen, welche die Konkurseröffnung ausübt und welche der erste Titel in Ansehung des Umfanges der Konkursmasse (§ 1), der Rechte der Gläubiger daran (§§ 2—4), in Ansehung ihrer Verwaltung und der Verfügung über die Massegegenstände (§§ 5—9) sowie der Verfolgung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner (§§ 10—14) festsetzt, mussten unzweifelhaft Anwendung finden, weil die vor der K.-E. und dem Inkrafttreten des Gesetzes begründeten Rechtsverhältnisse den erwähnten Wirkungen der K.-E. unterworfen sind. Gleiches galt von den Bestimmungen des zweiten Titels (§§ 15—21) über die Erfüllung schwebender Verträge. Insbesondere fallen Erweiterungen, welche das bisherige Konkursrecht für Eigentumsansprüche im Kv. aufgestellt hat, in einem nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffneten Konkurse hinweg. Aufgehoben sind nicht bloss die bisherigen besondern Rechte der Käufer und Verkäufer (Bem. I. 1 zu § 36), sondern auch das gemeinrechtliche Vorzugsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners aus l. 30 C. de jure dot. 5, 12 in Bezug auf abgeschätzte Dotalsachen (vgl. Bem. 1 zu § 37). Aus demselben Grunde kommen die Erweiterungen, welche die K.-O. in den §§ 36, 38 gewährt, den früher erworbenen Eigentumsansprüchen zu gute. Ihnen könnten nur die Rechte der K.-Gl. auf die Masse entgegengehalten werden; aber diese werden auch erst durch die K.-E. und nach Maassgabe der K.-O. begründet. — Hinwieder erscheinen die Beschränkungen, welche ein Eigentümer in der Verfolgung seiner Eigentumsrechte im Konkurse erleidet, als eine Bevorzugung der K.-Gl. Auch diese Beschränkungen fallen demnach hinweg; insbesondere die von der K.-O. aufgegebenen bisherigen Vindikationsbeschränkungen der Ehefrau. Die Beschränkungen der K.-O. würden, soweit sie nicht schon bei dem Erwerbe der Eigentumsrechte in Geltung waren, auf diese nicht zurückgreifen können. Die einzige Beschränkung dieser Art, die in § 37 der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, war aber für kein Rechtsgebiet eine Neuerung. Bezüglich dieses § besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob er als prozessualische Bestimmung unbedingt durchgreift oder ob er eine materielle Beschränkung des Eigentumserwerbes infolge der K.-E. enthält und deshalb auf ältere Konkurse keine Anwendung findet (K. S. 135).

Bei der bestimmten Fassung des § und da das Gesetz von dem Grundsatze ausgeht, dass die konkursrechtlichen Vorschriften der K.-O. in der Regel auch dann zur Anwendung kommen sollen, wenn es sich um früher entstandene Rechtsverhältnisse handelt, ist anzunehmen, dass die Anwendung der erwähnten Vorschrift nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden sollte. Für diese Annahme spricht auch die Natur der Bestimmung, die zwar nicht in prozessualischen sondern in sachlichen Erwägungen ihren Grund hat, aber doch nur die Beweislast regelt, indem sie die sonst durch den Besitz begründete Vermutung hier nicht gelten lässt (Bem. 2 zu § 37). Die Beweislast bestimmt sich nicht nach dem zur Zeit der Entstehung des Anspruches geltenden Rechte, sondern nach den Vorschriften, welche zur Zeit der Entscheidung darüber gelten.[1]) Masseansprüche (Titel 7) entstehen erst nach der K.-E.; in einem nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse sind sie also stets unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden. Bezüglich der Rangverhältnisse der Konkursgläubiger endlich und des Umfanges ihrer Rechte für den Konkurs ist ebenfalls die K.-O. maassgebend.

II. Das Anfechtungsrecht. (§ 9).

Das Anfechtungsrecht (Buch I. Titel 3) setzt wohlerworbene Rechte voraus. Es liegt ihm die Auffassung zugrunde, dass die Handlung des Gemeinschuldners demjenigen gegenüber, mit welchem oder für welchen er sie vorgenommen hat, gültig erfolgt ist. Die von dem Gemeinschuldner veräusserten Sachen werden aber zur Masse gezogen, indem der Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger zur Herausgabe angehalten wird (Bem. III. 2 zu § 22). Da das Anfechtungsrecht in dem Kv. seine Begründung und seinen Ursprung findet, entscheidet das zur Zeit der K.-E., nicht das zur Zeit der Veräusserung oder sonstigen Rechtshandlung geltende Recht über dessen Bestehen. Dieses Recht ist maassgebend bezüglich der Fragen, von wem, in welcher Weise und wie lange die Anfechtung im Kv. ausgeübt werden kann (K.-O. §§ 29, 34); es begrenzt ferner den Umfang des Anfechtungsrechtes, die Anfechtbarkeit und die Wirkungen der Anfechtung. Wenn und soweit die K.-O. eine solche nicht gewährt, kann die Anfechtung auch dann nicht erfolgen, wenn die vor dem Inkrafttreten der K.-O. vorgenommene Handlung nach bisherigem Gesetze hätte angefochten werden können. In Ansehung des Dritten dagegen greift das Anfechtungsrecht die Wirksamkeit des von ihm geschehenen Erwerbes an; der Dritte kann sich aber auf sein gültig begründetes, wohlerworbenes Recht berufen. Wenn und soweit er nach dem zur Zeit seines Erwerbes geltenden Rechte unanfechtbar erworben hatte, können die neuen Bestimmungen der K.-O. deshalb eine Anfechtung gegen ihn nicht begründen. Durch § 9 soll dieser Auffassung Ausdruck gegeben werden (M. S. 472).

III. Das Recht der Aufrechnung. (§ 10).

Die Aufrechnung wird als Deckungsrecht behandelt (Vorbem. 1 zu §§ 46 ff.). Deshalb erscheint die Erweiterung der Aufrechnungsbefugnis für den Konkurs (§ 47) in derselben Weise wie die Erweiterung eines Vindikationsanspruches als eine dem K.-V. gegenüber zugestandene Sicherung, bezüglich deren die K.-O. Anwendung finden muss (vgl. auch Bem. I.). Ebenso müssen die Vorschriften über die Unzulässigkeit der Aufrechnung, welche die beiden ersten Ziffern des § 48 enthalten, auch dann Anwendung finden, wenn die Forderung des Gläubigers (Z. 1) oder dessen Schuld (Z. 2) vor dem Inkrafttreten der K.-O. entstanden war. Die Aufrechnungsbefugnis würde ja erst nach der K.-E., also unter der Herrschaft der K.-O. entstanden sein. Anders liegt der Fall der Z. 3. Die hier vor-

[1]) Hullmann S. 367; v. Völderndorff Bd. 3 S. 83. A. M.: v. Sarwey S. 898 Nr. 1; Stieglitz S. 730; Willenbücher S. 259 Nr. 3; v. Wilmowski S. 520.

geschriebene Unzulässigkeit einer Aufrechnung, sowie die in den §§ 49, 42 festgesetzte Entschädigungspflicht beruhen auf dem Anfechtungsrechte. Es mussten daher die nämlichen Grundsätze wie bei diesem platzgreifen (M. S. 472).

IV. Vor der Konkursordnung entstandene Pfand- und Vorzugsrechte. (§§ 11—13.)

1) Auch hinsichtlich der Absonderungsrechte ist die K.-O. dann maassgebend, wenn der in Frage stehende Anspruch vor deren Inkrafttreten entstanden ist. Ein von der K.-O. zugelassenes Absonderungsrecht kommt den ältern Ansprüchen selbst dann zustatten, wenn das frühere Recht ein solches nicht gewährte; Absonderungsrechte, welche die K.-O. nicht anerkennt, verlieren dagegen ihre Geltung. Mit Rücksicht auf die einschneidenden Änderungen, welche die K.-O. in dieser Beziehung mit sich brachte, wurden zugunsten wohlerworbener Rechte in den §§ 12, 13 Ausnahmebestimmungen getroffen. Dabei ist aber die Auffassung festgehalten worden, dass nicht ein Absonderungsrecht, sondern nur ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Sinne des § 54 gewährt werden könne. Auch soweit es sich um die Einräumung von Vorzugsrechten handelt, bestimmt nicht die Reichsgesetzgebung einheitlich, welche der bisherigen Vorzugsrechte und in welchem Umfange sie berücksichtigt werden sollen. Vielmehr ist dies der Landesgesetzgebung überlassen. Durch das E.-G. wurden nur Normativbestimmungen aufgestellt, welche die Schranken bezeichnen, innerhalb deren der Rücksicht auf die von der K.-O. beseitigten Vorrechte Rechnung getragen werden kann. Die Landesgesetzgebung wurde nicht ermächtigt, den im § 23 E.-G. z. C.-P.-O. ausgesprochenen Vorbehalt auch für das Konkursrecht zu verwirklichen, weil bei einer derartigen Auffassung das Vorrecht jener Gläubiger zu einem Absonderungsrechte erweitert worden wäre, indem sie nun als Absonderungsberechtigte auftreten könnten, während sie früher gewöhnliche K.-Gl. waren.[1]) Wenn an dem Gegenstande des Vertragspfandes Absonderungsrechte nach der K.-O. nicht geltend gemacht werden können, so kann hiernach auch der auf Grund des Vertragspfandes Vorzugsberechtigte nur verlangen, dass er vor den K.-Gl. an der ihm durch das Landesrecht angewiesenen Stelle berücksichtigt werde. Ist bezüglich des Gegenstandes des Vertragspfandes ein späteres Pfändungspfandrecht begründet und hat das Landesrecht von dem Vorbehalte des § 23 E.-G. z. C.-P.-O. Gebrauch gemacht, so ist der Gläubiger dagegen in der Lage, auf Grund dieser Bestimmung dem Pfändungsgläubiger gegenüber sein Vorzugsrecht geltend zu machen und vor diesem Befriedigung aus dem abgesonderten Gegenstande zu fordern. Daran kann der Konkurszustand des Schuldners nichts ändern. Der Vorzugsberechtigte macht hier nicht das Absonderungsrecht geltend; nicht auf sein Verlangen, sondern auf Verlangen des Pfändungsgläubigers wird der Gegenstand zur abgesonderten Befriedigung hinausgegeben. Allerdings kann auf diesem Wege der Vorzugsberechtigte besser wegkommen, als wenn die Sache nicht gepfändet wäre; allein das ist die Folge des Vorbehaltes von § 23 E.-G. z. C.-P.-O. in seiner ordnungsmässigen Anwendung, nicht Folge unzulässiger Ausdehnung des Vorbehaltes in § 12 des E.-G. z. K.-O.[2])

2) Durch § 12 wurde die landesgesetzliche Berücksichtigung derjenigen (allgemeinen oder besondern) Pfand- und Vorzugsrechte ermöglicht, welche auf einem Vertrage oder einer letztwilligen Anordnung oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen. Die Worte „oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind“ wurden von der Reichstagskommission beigefügt, um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch

[1]) R.-G. (I.) 6. Okt. 1880, Entsch. Bd. 2 S. 93 ff.; Ldg. Frankfurt 29. Jan. 1884, Frankf. Rundschau 1884 S. 96 und die Kommentare.

[2]) Barkhausen in Gruchot Bd. 26 S. 807 ff.; Willenbücher S. 262 Nr. 4; v. Wilmowski S. 523, 524; O.-L.-G. Rostock 22. Dez. 1882 u. 25. Mai 1884, Meckl. Z. Bd. 4 S. 353 ff., bes. 358 ff., Bd. 5. S. 320 ff. A. M.: R.-G. (I.) 6. Okt. 1880, Entsch. Bd. 2 S. 93 ff.

diejenigen Pfand- und Vorzugsrechte, welche den Inhabern von Banknoten vor Einführung der K.-O. eingeräumt worden sind, durch die Landesgesetzgebung aufrechterhalten werden können (K. S. 137, 210, 211). Übrigens bezieht sich die Vorschrift des § nur auf Pfand- und Vorzugsrechte an beweglichen Sachen, welche nach § 3 des E.-G. ihre Wirkung verlieren. Wenn sich das aufrechterhaltene Generalpfandrecht, wie z. B. in Mecklenburg, früher auf alle Vermögensgegenstände bezog, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Begründung des Pfandrechtes im Vermögen des Schuldners waren oder erst später erworben wurden, so hat auch das Vorzugsrecht diese Ausdehnung; es kommt nicht darauf an, ob die zur Masse gehörigen Sachen vor oder nach dem 1. Oktober 1879 erworben worden sind.[1]) Pfand- und Vorzugsrechte an unbeweglichen Sachen werden durch die K.-O. überhaupt nicht berührt (Bem. 3 zu § 39). Der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung ist deshalb nach dieser Richtung gegenstandslos.

In Abs. 2 ist das landesgesetzlich aufrechterhaltene Vorzugsrecht hinsichtlich der Höhe beschränkt. Diese Beschränkung ist auch dann wirksam, wenn sie im Landesgesetze nicht wiederholt worden ist.

Durch Abs. 3 wird dafür gesorgt, dass auch die vor Einführung der K.-O. begründeten und aufrechterhaltenen Vorzugsrechte spätestens vor Ablauf einer Frist von zwei Jahren erkennbar gemacht werden. Der Erlass der Vorschriften, welche die Einrichtung solcher öffentlichen Register und die Anmeldung der Vorzugsrechte betreffen, ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, welche insbesondere auch zu bestimmen hat, ob und in welcher Weise eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung zu erlassen, eine Feststellung des Ranges der einzelnen angemeldeten Forderungen vorzunehmen, und wie die Eintragung zu bewirken ist. Soweit die Landesgesetzgebung von dem Vorbehalte nicht Gebrauch macht, oder sofern der Gläubiger die vorschriftsmässige Anmeldung unterlassen hat, soll in den zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffneten Kv. das Vorrecht nicht mehr platzgreifen.

3) Soweit gesetzliche Hypotheken und Vorzugsrechte nach der K.-O. ein Vorzugsrecht fernerhin nicht gewähren, verlieren sie ihre Wirksamkeit auch dann, wenn es sich um einen bereits vor der Einführung der K.-O. entstandenen Anspruch handelt. Nur zugunsten der Ehefrau sowie der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners ist in § 13 eine Ausnahme von diesem Grundsatze gemacht worden. Der Landesgesetzgebung steht hiernach die Befugnis zu, diesen Personen in derselben Weise ein Vorzugsrecht einzuräumen, wie es zugunsten der vertragsmässigen und der ihnen gleichgestellten Pfand- und Vorzugsrechte nach § 12 gestattet ist. Für die Ehefrau gilt bezüglich der Erkennbarmachung die Vorschrift des § 12 Abs. 3. Den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners, welchen in § 54 K.-O. für die häufigsten und wichtigsten ihrer Forderungen ein Vorzugsrecht eingeräumt ist, wurde das Vorrecht nur hinsichtlich solcher Konkurse gewährt, welche innerhalb fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der K.-O. eröffnet worden sind. Dagegen ist eine Eintragung in Register reichsgesetzlich nicht vorgesehen.

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

[1]) R.-G. (I.) 9. Okt. 1882, Jur. Woch. 1882 S. 260; O.-L.-G. Rostock 22. Dez. 1882, Meckl. Z. Bd. 4 S. 353 ff., bes. S. 356.

Das Absonderungsrecht besteht ohne Übergabe der Sache sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waren oder andere bewegliche Sachen der Übergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Übergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Übergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;
2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuches ein Bodmereibrief ausgestellt ist.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und andern Vermögensrechten nur:

1. wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;
2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechtes bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;
3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

§ 17.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen, nach welchen

1. den Inhabern der von Gemeinden oder andern Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forde-

rungen von denselben ausgestellter Wertpapiere an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechtes vermerkt wird;

2. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Z. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;

3. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Z. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, dass die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

(E. § 14—17; M. S. 476—481; K. S. 138, 139, 204—211.)

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Die §§ 14—17 enthalten Ergänzungen des § 40 K.-O., der dem Faustpfande die Wirkung eines Absonderungsrechtes beilegt, ohne zu bestimmen, welche Eigenschaften ein Faustpfand haben muss. Diese Vorschriften sollen das System der K.-O. über abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung mit den Normen des bürgerlichen Rechtes über Pfandrecht in Einklang bringen. Sie treffen sowohl solche Ansprüche, welche schon vor der K.-O. entstanden sind, als solche, welche erst nach deren Inkrafttreten erworben wurden; ja sie sind vorzugsweise auf Ansprüche der letztern Art berechnet. Wenn ein Faustpfandrecht die in der K.-O. vorgesehenen Wirkungen haben soll, muss es unter allen Umständen den Vorschriften der in Frage stehenden §§ entsprechen. Dies genügt aber nicht, damit ein im Sinne der K.-O. wirksames Faustpfandrecht anzunehmen ist. Vielmehr bleiben daneben die Landesgesetze, welche weitere Erfordernisse festsetzen, in Kraft (§ 16). Insbesondere sind die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten oder noch weitere Erfordernisse festsetzen, unberührt geblieben. Aber auch nur insoweit kommen die Landesgesetze noch in Betracht (vgl. noch Bem. II. 1 zu § 40.[1])

[1]) R.-G. (I.) 20. Okt. 1886, Entsch. Bd. 19 S. 26 ff.

2. *Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen.* (§ 14.)

In Abs. 1 des § wird die Regel aufgestellt, dass zur Wirksamkeit eines Faustpfandrechtes an beweglichen körperlichen Sachen im Kv. die Übergabe des Besitzes an den Gläubiger vorausgesetzt wird. Besitzübertragung durch blossen Vertragswillen wird ausgeschlossen. Der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn muss den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben. In der Reichstagskommission erklärte Websky: „Er nehme an, dass „Gewahrsam" im Sinne des § 14 vorhanden, sobald der Gläubiger thatsächlich in der Lage sei, über die Sachen zu verfügen, ohne dass es einer Übergabe von Hand zu Hand bedürfe." Darauf wurde von Hagens erwidert: „Die frühere Unterscheidung zwischen körperlicher und symbolischer Übergabe, wonach unter letztere jede Übergabe falle, welche nicht die Sache von Hand zu Hand übertrage, sei längst aufgegeben. Man verstehe jetzt ziemlich allgemein unter Übergabe denjenigen Akt, durch welchen der, welchem der Besitz übertragen werden solle, thatsächlich in den Zustand gesetzt werde, mit Ausschluss anderer über die Sache zu verfügen. Diesen Zustand nenne die K.-O. „Gewahrsam" und ob dieser Zustand durch einen bestimmten Akt herbeigeführt worden, sei nach Lage des Falles thatsächlich zu entscheiden" (K. S. 138, 139). Hiernach hängt es von den Umständen ab, ob in einem bestimmten Falle die Übergabe von Schlüsseln, die Bestellung eines Aufsehers, das Zeichnen von Waren u. s. w. eine Übergabe des Besitzes enthält bezw. den Gewahrsam (Bem. II. 4 zu § 36) begründet. Das „Behalten" muss noch im Augenblicke der K.-E. fortdauern;[1]) dagegen ist es gleichgültig, ob bis dahin der Gewahrsam ununterbrochen bestanden hatte.[2]) Das Pfandrecht geht verloren durch den Verlust des Gewahrsams; wenn der Gläubiger diesen vor der K.-E. verloren hatte und erst nach diesem Zeitpunkte wieder erlangte, so steht der Geltendmachung des Absonderungsrechtes § 12 K.-O. entgegen, gleichviel, ob der Verlust auf einem rechtmässigen Vorgange oder auf einer rechtswidrigen Handlung des Schuldners bezw. Dritter beruhte, welche den Gläubiger berechtigt, die Sache vom unrechtmässigen Erwerber zurückzuverlangen. Das Gesetz unterscheidet nicht, aus welchem Grunde das „Behalten" fehlt (Bem. II. 2d zu § 41 S. 222 Anm. 5).[3]) Trat der vorübergehende Verlust erst nach der K.-E. ein, so steht § 12 K.-O. der Geltendmachung des Absonderungsrechtes nach wiedererlangtem Gewahrsam nicht entgegen, falls die Wiedererlangung auf Grund des vor der K.-E. gemachten Erwerbes und auf Grund der Rechtssätze über den Besitzesschutz erfolgt. In diesem Falle wird immerhin der zur Zeit der K.-E. bestehende Besitz geltend gemacht. Anders liegt die Sache, wenn die Wiedererlangung des nach der K.-E. verlorenen Gewahrsams auf einem neuen, nach der K.-E. abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beruht, weil dem neuen Erwerbe eines Absonderungsrechtes § 12 entgegensteht. Fehlt der Gewahrsam zur Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechtes, so ist dieses auch dann unbegründet, wenn im Augenblicke der K.-E. Gewahrsam vorhanden war. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Gemeinschuldner seinem Gläubiger gegenüber unrechtmässiger Besitzer ist, dieser sonach der vom K.-V. vorgebrachten Einrede des mangelnden Besitzes eine Replik aus dem unrechtmässigen Besitze des Schuldners entgegenstellen kann.

Die strenge Durchführung der in Abs. 1 aufgestellten Regel wurde bei Aufstellung der K.-O. für unmöglich gehalten, vielmehr das Bedürfnis anerkannt, für einzelne Fälle (sogen. symbolischer Verpfändung) nämlich für eine Verpfändung von Sachen und Waren, welche im laufenden Verkehre befindlich sind, und von Schiffen, welche das bürgerliche Recht als bewegliche Sachen behandelt, ein Absonderungsrecht ohne Übergabe der Sache selbst einzuräumen. Hierbei wurde es als notwendig erachtet, diejenigen Fälle civilrechtlicher Verpfändung bestimmt zu bezeichnen, in welchen die Erkennbarkeit als hinreichend bewirkt gelten soll. Es handelt sich hier um die Fälle einer Verbodmung von Schiff, Fracht

[1]) R.-G. (V.) 27. Okt. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 398; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 250, 251.

[2]) Endemann S. 394; v. Völderndorff Bd. 3 S. 102; R.-G. (V.) 27. Okt. 1886 a. a. O.

[3]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 103; v. Wilmowski S. 30 Nr. 2. A. M.: Endemann S. 394.

oder Ladung durch Ausstellung des Bodmereibriefes nach Art. 680 ff. H.-G.-B., und um diejenigen einer Verpfändung des Schiffes durch Eintragung in das Schiffsregister oder mittels der urkundlich oder in beglaubigter Abschrift übergebenen Schiffspapiere, sowie um die Fälle einer Verpfändung von Waren durch Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren. Eine nähere Bezeichnung der letztern wurde vermieden. Der Ausdruck bedeutet, dass blosse Beweisurkunden nicht genügen, vielmehr eine dem rechtlichen Wesen eines Konnossementes entsprechende Verpflichtungsurkunde vorausgesetzt wird, welche den Gläubiger mit Ausschluss des Schuldners in den Stand setzt, über die Sache zu verfügen und ihren Besitz zu erlangen. Der Ausdruck schliesst Ladescheine und Lagerscheine nicht aus. Man wollte aber weder diese ausdrücklich benennen, weil ein einheitliches Recht über ihre Wirkung nicht besteht, noch mit ihnen den Kreis abschliessen, weil nach Landesrecht noch andern Verpflichtungsscheinen eine den Konnossementen ähnliche Wirkung beigelegt sein kann (Art. 313 Abs. 1, 374 Abs. 1, 382 Abs. 1 H.-G.-B.).

Reichsgesetzliche Vorschriften, nach welchen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren die Übergabe einer Ware oder anderer beweglicher Sachen ersetzen, finden sich, abgesehen von den in § 41 bestätigten gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten, in Art. 649 H.-G.-B. und in § 6 des Reichsges. vom 21. Juli 1870, betr. die Gründung öffentlicher Darlehenkassen. Die in § 3 des Reichsges. vom 10. Juli 1879, betr. die Konsulargerichtsbarkeit, anerkannte Geltung von Handelsgewohnheitsrecht hat nicht die Bedeutung, dass dieses auch Vorschriften der K.-O. ausser Kraft setzen und ein Absonderungsrecht entgegen § 40 K.-O. und § 14 E.-G. begründen könnte; denn § 14 des Reichsges. betr. die Konsulargerichtsbarkeit schreibt die Geltung der K.-O. und des E.-G. ohne Vorbehalt vor. Auch die materiellen Vorschriften der K.-O. fallen nicht unter den Begriff „bürgerliches Recht" im Sinne des § 3 a. a. O.[1])

3. *Faustpfandrecht an Forderungen und andern Vermögensrechten.*

Bezüglich der Voraussetzungen, unter welchen einer Verpfändung von Forderungen oder von andern Vermögensrechten die Wirkung eines Faustpfandrechtes zukommen soll, waren dieselben Erwägungen maassgebend wie bei § 14. Auch hier sollte im wesentlichen die Erkennbarkeit der Verpfändung gesichert werden (M. S. 477, 478). Dass das Vorhandensein eines der im § aufgezählten drei Erfordernisse zur Begründung eines Faustpfandrechtes genügt, was nach der Fassung des Gesetzes zweifelhaft sein könnte, hat Hagens in der Reichstagskommission (K. S. 139) bestätigt, ohne Widerspruch zu erfahren.[2]) Es bleibt jedoch unter zwei Faustpfandrechten das Alter des Pfandrechtes entscheidend, wenn das ältere Faustpfandrecht wirksam begründet wurde und der jüngere Faustpfandgläubiger sich wider Wissen und Willen des ersteren in den Besitz des Hypothekenbriefes gesetzt hat. Unter dieser Voraussetzung genügt es, dass der Gewahrsam des älteren Faustpfandgläubigers bis zu dem Augenblicke fortgedauert hatte, in welchem der jüngere Pfandgläubiger den fehlerhaften Besitz erlangt hat; denn der letztere kann sich gegenüber dem ersteren nicht auf diesen fehlerhaften Besitz berufen; jedenfalls geht nach preuss. Allgem. L.-R. I. 20 §§ 244, 253 das Pfandrecht durch unfreiwilligen Besitzverlust nicht unter, wenn der Faustpfandgläubiger sich hiebei nicht beruhigt.[3]) In allen Fällen wird vorausgesetzt, dass auch den nach der Landesgesetzgebung vorgeschriebenen Erfordernissen genügt ist (§ 16). Der Erwerb eines Faustpfandrechtes an einer Forderung durch Übertragung des Papieres setzt noch voraus, dass das zu verpfändende Forderungsrecht an das fragliche Papier geknüpft sei. Die Ablieferungsbescheinigung des Ladungsempfängers im Frachtverkehre ist aber nicht Träger der Forderung auf Bezahlung der Fracht, die Aushändigung dieser Bescheinigung

[1]) R.-G. (I.) 3. Juni 1885, Entsch. Bd. 14 S. 143 ff.

[2]) R.-G. (V.) 8. Jan. 1890, Entsch. Bd. 25 S. 284 ff., bes. 288; v. Wilmowski S. 532.

[3]) R.-G. (V.) 8. Jan. 1890 a. a. O., bes. S. 288 ff.

zum Zwecke der Einziehung der Fracht hiernach auch nicht Verpfändung dieser Forderung.[1]) Die Art und Weise, in welcher die Benachrichtigung des Drittschuldners zu geschehen hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu bemessen (K. S. 139). Enthält dieses keine besondern Vorschriften, so genügt jede, wenn auch noch so formlose, Mitteilung. Der Pfandgläubiger muss jedoch nachweisen, dass eine solche stattgefunden hat.

4. *Absonderungsrecht der Inhaber von Pfandbriefen und Schuldverschreibungen.*

Die Vorschriften des § 17 beruhen auf der Notwendigkeit besonderer Fürsorge für die sogen. fundierten oder privilegierten Geldpapiere. Diese wurde in den Mot. damit gerechtfertigt, dass jeder Ausgabe von Pfandbriefen und Hypothekencertifikaten sowie von Banknoten der Gedanke zu Grunde liege, den Inhabern hafteten bei Zahlungsunvermögen des Schuldners gewisse Gegenstände (Hypothekenforderungen, Vorräte, Metallgeld u. s. w.) zum Zweck der Deckung und abgesonderten Befriedigung und vielfach die Meinung bestehe, den Inhabern dieser Obligationen komme ein Vorrecht vor andern Gläubigern zu. Es sollten besonders mit Rücksicht auf die künftige Ausgabe solcher Papiere, welchen § 12 nicht zu gute kommt, gesetzgeberische Bestimmungen ermöglicht werden, „die, mit den Grundsätzen der K.-O. vereinbar, die erhöhte Sicherheit gewähren, welche der allgemeine Verkehr den in Rede stehenden Papieren beilegt und muss beilegen können.“

[1]) R.-G. (I.) 28. Juni 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 1522.

Reichsgesetz

vom 21. Juli 1879,

betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens.[1]

Einleitung.

Lit.: Die zu §§ 22 ff. K.-O. genannten Werke; ferner die Kommentare zum Anf.-Ges. von Hartmann (4. Aufl.), Kranichfeld, v. Völderndorff, Willenbücher, v. Wilmowski und (zum österr. Ges.) von Steinbach.

I. Entstehungsgeschichte.

In den Mot. zur K.-O. (S. 95) wurde es zwar für wünschenswert erklärt, „dass auch ausserhalb des Kv. dieselben Grundsätze (wie im Konkurse) über die gemeinsamen Anfechtungsgründe beständen, denn sonst könnten Gläubiger und Schuldner die Verschiedenheiten leicht missbrauchen, durch Herbeiführung oder Beseitigung eines Kv. der Anfechtung einer Handlung vorzubeugen." Daraus wurde aber nur gefolgert, dass es Aufgabe der Landesgesetzgebungen sei, hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen ausserhalb des Kv. die erforderliche Übereinstimmung mit den für die Anfechtung durch den K.-V. geltenden Grundsätzen herbeizuführen. Die Entwürfe des A.-G. z. K.-O., in welchen einzelne Landesregierungen das soeben bezeichnete Ziel angestrebt hatten, zeigten jedoch untereinander nicht unerhebliche Abweichungen (M. S. 11). Dieser Umstand sowie der von einzelnen Regierungen geäusserte Wunsch nach reichsgesetzlicher Regelung[2]) veranlasste das Reichsjustizamt zur Ausarbeitung eines Gesetzentwurfes betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Kv., welchen der Reichskanzler am 29. März 1879 dem Reichstage vorlegte. Die erste Lesung fand am 28. April 1879 statt und endete mit der Verweisung des Entw. an die XIV. Kommission von 21 Mitgliedern. Die Protokolle der Kommission über die Beratung des Anf.-Ges. sind nicht im Drucke erschienen. Auch wurde ein schriftlicher Bericht von ihr nicht erstattet.[3]) In der am 11. Juli 1879 stattfindenden 2. Lesung teilte vielmehr der Berichterstatter Wolffson lediglich die von der Kommission beschlossenen Änderungen und deren Antrag mit, dem Entw. in der abge-

[1]) Mit M. wird, soweit nicht anders bemerkt, auf die Mot. z. Anf.-Ges. verwiesen.

[2]) Stenographische Berichte des Reichstages 4. Legislaturperiode II. Session Bd. II. S. 861.

[3]) Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Teil IV. S. 763 Anm.

änderten Fassung die Zustimmung zu erteilen. Die 3. Lesung vom 12. Juli 1879 endigte mit der Annahme dieses Antrages. Durch die Erhebung des Entw. zum Reichsges. (Reichs-Ges.-Bl. 1879 Nr. 30 S. 277 ff.), welches gleichzeitig mit der K.-O. in Kraft trat, wurden alle Gesetze der Einzelstaaten über das Anfechtungsrecht gemäss Art. 2 der Reichsverfassung aufgehoben. Dem frühern Rechte blieb nur in Ansehung der vor dem 1. Oktober 1879 erfolgten Rechtshandlungen ein Einfluss vorbehalten (§ 14 Abs. 2 u. 3). Die Aufhebung der Landesgesetze erstreckt sich insbesondere auch auf die Art. 622, 788,[1]) 1053, 1167, 1447,[2]) 1464 des C. c., welche dem Gläubiger die Anfechtung wegen Benachteiligung einräumen; denn dieser Anfechtungsgrund wird durch das Reichsges. erschöpft. Auch Art. 882 ist insoweit aufgehoben, als er die Anfechtung von Teilungen für diejenigen Fälle ausschliesst, in welchen der Gläubiger den Einspruch (opposition) bezw. die Intervention versäumt hat.[3]) Im übrigen bleibt Art. 882 neben dem Anf.-Ges. in Kraft;[4]) denn es handelt sich bei dem Rechte des Gläubigers auf unbedingte Anfechtung einer ihn benachteiligenden Teilung, welche trotz Einspruch oder Intervention ohne seine Zuziehung erfolgte, nicht um einen besonderen Anwendungsfall des Art. 1167, sondern um einen selbständigen Rechtssatz, welcher die Anfechtung unabhängig von einer fraus aus dem Grunde gestattet, weil das Recht des Gläubigers auf Zuziehung verletzt wurde, nicht bloss deshalb, weil er als benachteiligt erscheint.

II. Die Bedeutung des Anfechtungsgesetzes.

Das Gesetz hat zwar zunächst die Aufgabe, die Anfechtungsgründe, welche ausserhalb des Kv. wirken sollen, mit denjenigen in Übereinstimmung zu bringen, welche im Kv. gelten. Dabei mussten jedoch die Anfechtungsgründe wegfallen, welche bloss auf die Verhältnisse des Konkurszustandes berechnet waren (§ 23 K.-O.); andererseits musste das Gesetz auch die weitern Voraussetzungen der Anfechtung sowie die Art und Wirkung der Geltendmachung regeln. Hierbei war zu beachten, dass die Anfechtung ausserhalb des Kv. wesentlich andere Zwecke verfolgt als diejenige durch den K.-V. Während es sich im letztern Falle darum handelt, dem zur Befriedigung der K.-Gl. dienenden Vermögen des Gemeinschuldners gewisse Bestandteile zuzuführen, und erst mittelbar durch die Verteilung der Masse die Benachteiligung von den einzelnen Gläubigern abgewendet wird, während ferner die Anfechtung seitens des K.-V. eine gleichmässige Abwendung der Benachteiligung gegenüber allen K.-Gl. bezweckt, soll durch die Anfechtung ausserhalb des Kv. die Benachteiligung unmittelbar von dem anfechtenden Gläubiger und nur von seinem Vermögen abgewendet werden, indem die Rückgewähr zu seinen Gunsten den Gegenstand der Zwangsvollstreckung durch Bereitstellung fremden Vermögens erweitert. Die Bedeutung des Anf.-Ges. liegt hiernach gerade darin, dass es eine Ausnahme von dem Grundsatze macht, nach welchem Gegenstand der Zwangsvollstreckung nur das Vermögen des Schuldners sein darf (§ 690 C.-P.-O.), und demgemäss diese auf fremdes Vermögen ausdehnt (Bem. II. 1 zu § 1, Bem. I. u. II. zu § 7).[5])

[1]) R.-G. (II.) 29. Dez. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 71; Samml. d. in Elsass-Lothr. geltenden Ges. und Cretschmar, rhein. R. bei den betr. Art., bes. Art. 788. A. M.: Löw zu Art. 788 C. c. und Hachenburg, bad. Landr. S. 135; ferner O.-L.-G. Colmar 16. Sept. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Nr. 17 S. 116 ff. Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 280 ff. u. Stern, C. c. zu Art. 788 gehen einen Mittelweg.

[2]) A. M.: R.-G. (II.) 19. Dez. 1890, Jur. Woch. S. 106 Nr. 43.

[3]) R.-G. (II.) 15. Febr. 1887, Entsch. Bd. 17 S. 317, 318; (II.) 13. Juli 1888, Jur. Woch. S. 384 Nr. 4; (II.) 8. März 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 301.

[4]) R.-G. (II.) 23. Sept. 1890, Jur. Woch. 1891 S. 385, 386 Nr. 44; Cretschmar, rhein. R. Art. 882; Hachenburg, bad. Landr. S. 150; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 280 ff.

[5]) Dies ist wiederholt von Fischer betont worden in „Recht und Rechtsschutz" (Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuches Heft 6) S. 10 Anm. 1; Lehrb. des preuss. Privatr. S. 767 und Buschs Z. Bd. 10 S. 411.

III. Übersicht.

Zunächst werden im § 1 die Grenzen der Anwendbarkeit des Anf.-Ges. im allgemeinen bezeichnet. Hieran schliessen sich in §§ 2 u. 3 die besondern Voraussetzungen für die Anfechtung ausserhalb des Kv. Die §§ 4 u. 5 betreffen Erleichterungen, welche demjenigen Gläubiger gewährt werden, der einen vollstreckbaren Titel noch nicht besitzt. Der Inhalt des § 6 entspricht demjenigen des § 28 K.-O. Durch §§ 7 u. 8 wird der Umfang der Rückgewähr bestimmt und der Anfechtungsgegner mit etwaigen Ersatzansprüchen an den Schuldner verwiesen. Die §§ 9 u. 10 betreffen das Verfahren im Anfechtungsprozesse und zwar § 9 den Umfang des Klagantrags, § 10 einen dem Urteile beizufügenden Vorbehalt, falls der Gläubiger nur einen vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbaren Titel nachgewiesen hat. Die Anfechtung gegenüber den Rechtsnachfolgern des ersten Erwerbers ist im § 11, entsprechend den Grundsätzen des § 33 K.-O., zugelassen. Der § 12 bestimmt eine Frist für die Geltendmachung der Anfechtung in den Fällen des § 3 Z. 1. In § 13 wird noch der Einfluss geregelt, welchen die Eröffnung und Beendigung des Kv. über das Vermögen des Schuldners auf das Anfechtungsrecht der einzelnen Gläubiger ausübt. Durch § 14 endlich wird das zeitliche Herrschaftsgebiet des Gesetzes abgegrenzt.

§ 1.

Rechtshandlungen eines Schuldners können ausserhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Maassgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

(E. § 1; M. S. 11, 12; K.-O. § 22.)

I. Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung.

1) Der Anfechtung sind auch ausserhalb des Kv. nur Rechtshandlungen unterworfen; bezüglich dieses Begriffes vgl. Bem. 1—4 zu §§ 22 K.-O.

2) § 22 K.-O. macht schlechtweg Rechtshandlungen zum Gegenstande der Anfechtung und setzt nicht unbedingt Rechtshandlungen des Gemeinschuldners voraus, was besonders für die Anwendung des § 23 von Bedeutung ist (Bem. I. 2 zu § 22, Bem. II. 3 u. III. 2 zu § 23). Dagegen sind ausserhalb des Kv. nur Rechtshandlungen eines Schuldners anfechtbar. Dabei ist es nach allgemeinen Rechtssätzen unerheblich, ob der Schuldner selbst oder ob ein (gewählter oder gesetzlicher) Vertreter für ihn gehandelt hat. Wenn von mehreren Berechtigten bei Teilbarkeit der Sache einer zum Nachteile seiner Gläubiger lediglich über seinen Anteil verfügt hat, so kann die Veräusserung auch nur bezüglich dieses Anteiles angefochten werden. Anders liegt die Sache, wenn mehrere Mitberechtigte gemeinschaftlich über eine Sache verfügt haben, welche keiner ohne den andern veräussern kann, und der anfechtende Gläubiger nicht zu allen Mitberechtigten im Gläubigerverhältnisse steht. Hier kann die Anfechtung zwar nur die Handlung desjenigen treffen, welcher Schuldner ist; sie bewirkt aber trotzdem, dass die Verfügung dem Anfechtenden gegenüber vollständig unwirksam wird; denn es fehlt ihm gegenüber die erforderliche Zustimmung aller Mitberechtigten, sobald die Zustimmung eines einzelnen für unwirksam erklärt ist.[1]) Wenn auf der Erwerbsseite mehrere Personen stehen, bei welchen nur teilweise die Voraus-

[1]) Hartmann S. 59; Kranichfeld S. 15, 16; Meisner S. 462; v. Wilmowski S. 537 Nr. 1, S. 122; R.-O.-H.-G. 18. Juni 1878, Entsch. Bd. 23 S. 417 ff., bes. S. 419; O.-L.-G. Augsburg 14. Juni 1888, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 169. A. M.: Cosack S. 331, der im letztern Falle Rückgewähr in Geld wegen Unteilbarkeit der Sache zulässt.

setzungen vorliegen, indem z. B. nur eine dieser Personen die Absicht des Schuldners kannte oder mit ihm verwandt ist, die Rechtshandlung sonach nicht gegenüber allen Erwerbern als anfechtbar erscheint, ist bei Teilbarkeit der Zuwendung die Anfechtung auf den entsprechenden Teil zu beschränken, bei Unteilbarkeit aber der ideelle Anteil oder dessen Geldwert zurückzugewähren.[1])

3) Den Gegenstand des Gesetzes bildet die Anfechtung ausserhalb des Kv. Dieser Ausdruck ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, der sich zur Zeit der Anfechtung nicht im Konkurszustande befindet. Die Anfechtung kann nämlich auf Grund dieses Gesetzes auch während schwebenden Kv. von Absonderungsberechtigten vorgenommen werden, welche den Gegenstand ihres Absonderungsrechtes im Wege der Anfechtung zu ihrer Befriedigung heranziehen wollen (Bem. I. zu § 13). Der Ausdruck bezeichnet auch nicht bloss eine Anfechtung, über welche ausserhalb des Kv. verhandelt und entschieden wird, denn in diesem Sinne erfolgt die Anfechtung durch den K.-V. ebenfalls „ausserhalb des Kv.“ Diese Bezeichnung soll vielmehr andeuten, dass der Anspruch, zu dessen Gunsten eine Rechtshandlung angefochten wird, nicht im Kv., sondern ausserhalb desselben befriedigt werden soll, sowie dass der Anfechtungsanspruch nicht zum Zwecke der Vermehrung einer Konkursmasse sondern zum Zwecke der gesonderten Befriedigung einzelner Gläubiger geltend gemacht wird.[2]) Demnach fällt unter das gegenwärtige Gesetz:

a. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, der sich nicht im Konkurszustande befindet, einschliesslich der Rechtshandlungen eines K.-V., welche nach Erledigung des Kv., durch unbefriedigte Massegläubiger angefochten werden;[3])

b. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners durch Absonderungsberechtigte bezw. von Rechtshandlungen des K.-V. durch Massegläubiger, welcher Fall ebenso wie der zu Anm. 2 erwähnte allerdings nicht leicht vorkommen wird;

c. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners mit Bezug auf das nicht zur Masse gehörige Vermögen (§ 13 Abs. 5).

4) Die Anfechtung greift nur insoweit Platz, als sie zum Zwecke der Befriedigung des anfechtenden Gläubigers dient und dazu erforderlich ist (§§ 1, 2). Es genügt hiernach nicht, dass der anfechtende Gläubiger die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung seines Schuldners begründet; vielmehr muss er auch ein bestimmtes vermögensrechtliches Interesse daran nachweisen, dass die Wirkung jener Rechtshandlung ihm gegenüber aufgehoben werde. In dieser Bedingung kommt zugleich die weitere Voraussetzung einer Benachteiligung des Gläubigers zum Ausdrucke. Der Anfechtung unterliegen nur solche Rechtshandlungen des Schuldners, durch welche dessen Vermögen mittelbar oder unmittelbar vermindert worden ist (Bem. II. 1 zu § 22).[4]) Diese Verminderung muss derart sein, dass die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung dadurch beeinträchtigt wird. Insbesondere kann sich der Gläubiger mittels der Anfechtung gegen Rechtshandlungen seines Schuldners wehren, durch welche ihm eine Verteilung aufgenötigt werden soll, wie sie nur innerhalb des Kv. zulässig ist; denn solange ein Kv. nicht eröffnet ist, kann der Gläubiger volle Befriedigung durch Zwangsvollstreckung suchen, ohne auf andere Gläubiger Rücksicht nehmen zu müssen. Die Anfechtung wird nicht dadurch gehindert, dass er Kenntnis von der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens hat.[5]) Dass diese Beeinträchtigung des Gläubigers durch die angefochtene Rechtshandlung unmittelbar herbeigeführt wurde, ist dagegen nicht erforderlich; ebensowenig wird vorausgesetzt, dass die

[1]) Cosack S. 331, 332.
[2]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 131 Anm. 30.
[3]) v. Völderndorff a. a. O. S. 130.
[4]) R.-G. (VI.) 15. Mai 1891, Entsch. Bd. 27 S. 130 ff.
[5]) R.-G. (II.) 19. Nov. 1889, Jur. Woch. S. 515 Nr. 9, Bolze Bd. 9 Nr. 159.

Forderung des anfechtenden Gläubigers zur Zeit der Vornahme jener Rechtshandlung bereits bestanden hat (Bem. II. 1 zu § 22 S. 100 Anm. 4).[1] Die Rangordnung der Gläubiger nach § 54 K.-O. hat ausserhalb des Kv. keine rechtliche Bedeutung; der Anfechtungsgegner kann sich deshalb gegenüber einer Anfechtung ausserhalb des Kv. nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Anfechtungskläger deshalb nicht benachteiligt sei, weil der Kaufpreis zur Befriedigung solcher Gläubiger gedient habe, welche im Kv. dem Anfechtungskläger nach § 54 K.-O. vorgehen würden.[2] Ferner ist der Einwand unzulässig, es sei dem Kläger durch die angefochtene Handlung ein Vorteil erwachsen, den er sonst nicht gehabt hätte, denn es handelt sich im Anfechtungsprozesse darum, dass Kläger Befriedigung für bestimmte Forderungen nicht erlangt hat und durch Rückgewähr erlangen soll.[3])

5) Hinsichtlich des Ortes, dessen Recht zur Anwendung kommt, wenn anfechtbare Handlungen im Auslande vorgenommen wurden oder wenn der Gläubiger bezw. der Schuldner im Auslande wohnt, vgl. Bem. II. 2 zu §§ 22.

II. Die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruches und seiner Wirkungen.

1) Die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruches ist hier die nämliche, wie bei der Anfechtung durch den K.-V.; nur das Subjekt und der Zweck der Anfechtung sind andere als dort. Die Grundlage des Anspruches ist die ungerechtfertigte Benachteiligung des Gläubigers, dessen Befriedigung durch die angefochtene Rechtshandlung beeinträchtigt wird. Deshalb reicht der Anspruch hier wie dort in keinem Falle weiter als diese Benachteiligung. Der Erwerber muss herausgeben, was, vom Standpunkte des Gläubigers aus betrachtet, in ungerechtfertigter Weise dem Vermögen des Schuldners und somit der Zwangsvollstreckung entzogen worden ist. Der Anfechtungsanspruch stellt sich auch hier als ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Benachteiligung dar (Bem. III. 1 zu § 22). Während das Subjekt des Rückforderungsanspruches bei der Anfechtung durch den K.-V. der Gemeinschuldner ist, in dessen Vermögen die Rückgewähr erfolgt (Bem. III. 1 zu § 5, Bem. IV. 3 zu § 22 u. Bem. I. zu § 29), ergiebt sich aus dem Zwecke der Anfechtung ausserhalb des Kv. (Einl. Bem. II), dass hier jeder einzelne Gläubiger, dessen Befriedigung als beeinträchtigt erscheint, Subjekt des Anfechtungsanspruches ist. Hiernach giebt es ausserhalb des Kv. so viele Subjekte des Anfechtungsanspruches, als Gläubiger vorhanden sind, welche nur durch die Anfechtung Befriedigung erlangen können.[4])

Der Anfechtungsanspruch ist nicht im Forderungsrechte selbst enthalten, d. h. nicht als eine Funktion desselben aufzufassen, sondern hat seine besondern Voraussetzungen.[5]) Aber er ist vom Forderungsrechte abhängig, und insofern untrennbar damit verbunden, als er nicht ohne das Forderungsrecht bestehen kann. Dagegen kann er ohne das Forderungsrecht, nämlich durch Verzicht oder Erfüllung in der Person eines andern Gläubigers, untergehen (Bem. III. 1 zu § 7). Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt zwar bei der Anfechtung durch den K.-V. nicht hervor, fehlt aber auch dort nicht, weil die Anfechtung nur im Interesse der Gläubiger erfolgt und ausgeschlossen wird, sobald diese, z. B. durch einen Dritten, befriedigt werden, demgemäss aber das Kv. aufgehoben oder eingestellt wird. Ausserhalb des Kv. kommt dieses Abhängigkeitsverhältnis zunächst dadurch zum Ausdruck, dass das Anfechtungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung eines andern vermögensrecht-

[1]) Cosack S. 40; Jäckel S. 45, 70; v. Wilmowski S. 539 Nr. 5; R.-G. (VI.) 1. Mai 1890 u. 12. Nov. 1891; Bolze Bd. 10 Nr. 259; Gruchot Bd. 36 S. 464. A. M.: Kranichfeld S. 23 Nr. 9.

[2]) O.-L.-G. Colmar in Puchelts Z. Bd. 22 S. 142.

[3]) O.-L.-G. Dresden 12. Febr. 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 31 und Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 348.

[4]) A. M. nur Fitting § 17 Anm. 1, welcher auch hier den Schuldner als Subjekt des Anfechtungsanspruches und den anfechtenden Gläubiger als dessen Vertreter ansieht.

[5]) Krasnopolski in Grünhut Bd. 15 S. 13, 14

lichen Anspruches geltend gemacht werden kann (Bem. I. 4 S. 654 und Einl. Bem. II.), sodann aber auch dadurch, dass die Ausübung des Anfechtungsrechtes durch die Vollstreckbarkeit des Hauptanspruches bedingt ist (§§ 2, 5, 10). Weiter ergiebt sich aus diesem Verhältnisse, dass als Wert des Streitgegenstandes in einem auf Grund des Anf.-Ges. schwebenden Prozesse nur der Wert der noch unbefriedigten Forderung des anfechtenden Gläubigers und, wenn der Wert des Gegenstandes der Rechtshandlung geringer ist, dieser letztere in Betracht kommt; es verhält sich hier ähnlich, wie wenn die Sicherstellung einer Forderung geltend gemacht würde (§ 6 C.-P.-O.).[1]) Endlich folgt hieraus, dass die Übertragung des Anfechtungsanspruches nur erfolgen kann, wenn zugleich eine Forderung übertragen wird, zu deren Befriedigung die Anfechtung beiträgt. Die Übertragung dieses Anspruches für sich allein auf einen andern Gläubiger wäre zwecklos, weil dieser schon an sich zur Ausübung des Anfechtungsrechtes berufen ist. Eine Person, welcher die Gläubigereigenschaft fehlt, könnte aber ungeachtet der Übertragung nach §§ 1, 2 u. 4 das Anfechtungsrecht nicht ausüben. Eine besondere Übertragung des Anfechtungsanspruches neben der Übertragung des Forderungsrechtes ist überflüssig, da jeder Gläubiger von Rechts wegen unter den Voraussetzungen der §§ 2—6 zur Anfechtung befugt ist. Deshalb kann auch bei Übertragung der Forderung das Recht zur Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht einmal bezüglich der in der Vergangenheit liegenden Handlungen ausgeschlossen werden. Der Gläubiger kann zwar auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes verzichten; der Anfechtungsgegner darf sich aber auf einen solchen Verzicht nur berufen, wenn der Gläubiger oder dessen Rechtsvorgänger ihm gegenüber den Verzichtswillen erklärt hat. Ein Verzichtsvertrag zwischen dem frühern Gläubiger und seinem Rechtsnachfolger wirkt nicht zugunsten dritter Personen.[2])

2) Auch die Wirkung der Anfechtung ausserhalb des Kv. ist im allgemeinen die nämliche wie bei der Anfechtung durch den K.-V. Der anfechtende Gläubiger kann nicht verlangen, dass die angefochtene Rechtshandlung als nichtig behandelt werde, denn zur Geltendmachung der Nichtigkeit ist das Anfechtungsrecht nicht bestimmt (§ 1 u. Bem. I. 1 zu § 22). Ebensowenig kann er die Wiederherstellung des frühern Zustandes fordern (§§ 7, 8 u. Bem. III. 2 zu § 22). Vielmehr hat er nur Anspruch darauf, dass die angefochtene Rechtshandlung, obgleich sie gültig ist, ihm gegenüber als unwirksam behandelt werde (Bem. III. 3 zu § 22). Aber aus der Verschiedenheit des Subjektes und des Zweckes der Anfechtung ergeben sich Verschiedenheiten hinsichtlich ihrer Wirkung. Da jeder Gläubiger nur sein persönliches Anfechtungsrecht und dieses nur zum Zwecke seiner Befriedigung geltend macht, tritt die Unwirksamkeit auch nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber ein. Sie ist nicht unmittelbar gesetzliche Folge der Anfechtbarkeit, sondern muss durch Urteil ausgesprochen werden. Dieses letztere wirkt aber nur unter den Parteien. Hiernach kann ein Gläubiger, welcher das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt hat, aus der erfolgreichen Anfechtung seitens eines andern Gläubigers selbst dann keine Rechte für sich ableiten, wenn auch in Beziehung auf ihn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Daher sind bei Rückgewähr wegen Anfechtung einer Hypothek solche Gläubiger, für welche im Range nach der angefochtenen Hypothek eine Forderung im Hypothekenbuch eingetragen ist, und welche dem Anfechtungskläger in dem der Zwangsvollstreckung nachfolgenden Verteilungsverfahren vorgehen, nicht zu berücksichtigen, wenn sie das Abkommen nicht ebenfalls angefochten haben. Wie im Kv. die Rückgewähr nur der Masse, nicht den etwaigen Hypothekgläubigern zugute kommt (S. 107 Anm. 2), so kann sie ausserhalb des Kv. nur zugunsten des anfechtenden Gläubigers eintreten.[3]) Ferner hat der Zweck der Anfechtung ausserhalb des Kv. (Einl.

[1]) Cosack S. 221 Anm. 1; Hartmann S. 36; Rittmann, Wert d. Streitgegenstandes S. 74 ff.; v. Wilmowski S. 538 Nr. 3; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 393.

[2]) A. M. anscheinend Jäckel S. 200; Korn S. 101.

[3]) R.-G. (VI.) 7. Okt. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 92 ff., bes. S. 95, 96.

Bem. II. u. Bem. II. 1 zu § 1) dazu geführt, dass die Rückgewähr nicht zum Vermögen des Schuldners sondern durch Gestattung der Zwangsvollstreckung erfolgt derart, als ob der Gegenstand der Rückgewähr noch zum Vermögen des Schuldners gehören würde (Bem. I zu § 7). Über das Verhältnis mehrerer Anfechtungsberechtigten vgl. Bem. III. zu § 7.

III. Die Geltendmachung.

1) Auch die Anfechtung ausserhalb des Kv. kann ebenso im Wege der Einrede wie durch Klage erfolgen (§§ 5 u. 9). Bezüglich der Berechnung des Streitwertes vgl. Bem. II. 1 S. 656 Anm. 1. Der Anfechtungsgrund kann ferner im Wege der Widerklage und der Replik[1]) geltend gemacht werden (Bem. IV. 1 zu § 22). Dagegen ist die Geltendmachung durch blosse Feststellungsklage ausgeschlossen, weil nach § 9 der Klagantrag auf Rückgewähr gerichtet sein muss. Diese Bestimmung ist ebenso zwingend wie § 230 Abs. 2 C.-P.-O. und deshalb der Verfügung der Parteien entzogen, denn sie ist im öffentlichen Interesse gegeben, um unnötige Prozesse zu vermeiden.[2]) Die Nichtbeachtung von § 9 hat übrigens andere Wirkungen als die Nichtbeachtung des § 230 Z. 2 C.-P.-O. Während im letztern Falle durch den Mangel der Eintritt der Rechtshängigkeit gehindert wird, und deshalb weder Versäumnisurteil noch überhaupt ein Urteil in der Hauptsache ergehen kann, tritt im erstern Falle zwar Rechtshängigkeit ein, aber die Klage muss selbst bei Versäumnis des Beklagten als unzulässige Feststellungklage abgewiesen werden. Die wiederholte Geltendmachung des Anspruches ist weder hier noch dort ausgeschlossen. Der Grundsatz der Unzulässigkeit der Feststellungsklage greift auch dann durch, wenn es sich um Anfechtung eines zur Zeit noch nicht in Kraft getretenen Mietvertrages handelt. Gegenstand der Rückgewähr ist hier der Mietwert des Hauses oder Grundstückes. Wird der Mietvertrag dem Gläubiger des Vermieters gegenüber lediglich für unwirksam erklärt, so hat dieser damit noch nicht Befriedigung oder auch nur einen Gegenstand der Zwangsvollstreckung erlangt. Die Befriedigung wird vielmehr erst dadurch herbeigeführt, dass der Mieter als Anfechtungsgegner verurteilt wird, dem Anfechtungskläger den Mietwert für die in Frage kommende Zeit zu zahlen.[3]) Ein Feststellungsurteil über die Anfechtbarkeit wird übrigens durch § 9 nicht unbedingt ausgeschlossen; denn wenn der Gläubiger die Anfechtung einrede- oder replikweise geltend macht, kann der Gegner gemäss § 253 die urteilsmässige Feststellung der Unanfechtbarkeit fordern. Hinsichtlich des Gerichtsstandes vgl. Bem. IV. 4 zu § 22. Einer aussergerichtlichen Anfechtung ausserhalb des Kv. stattzugeben, ist für den Erwerber hier noch gefährlicher als gegenüber der Anfechtung durch den K.-V. (Bem. IV. 1 zu § 22). Er muss in diesem Falle nicht nur gewärtigen, dass der Schuldner oder dessen Rechtsvorgänger den Anfechtungsanspruch nicht anerkennt und die Erstattung der Gegenleistung bezw. die Ersatzleistung verweigert, sondern er läuft auch Gefahr, dass andere Gläubiger ihren Anfechtungsanspruch geltend machen und das Anfechtungsrecht des ersten Gläubigers mit Erfolg bestreiten, so dass er wiederholt Rückgewähr leisten muss.[4])

2) Der Anfechtungsanspruch wird von einem Gläubiger, der sich benachteiligt glaubt (§ 2), gegen den Erwerber d. h. gegen denjenigen erhoben, in dessen Vermögen durch die anfechtbare Rechtshandlung Bestandteile aus dem Vermögen des Schuldners gelangt sind. Der Schuldner selbst kann nicht neben dem Erwerber, etwa als Streitgenosse, belangt werden. Nach § 9 muss der Klagantrag auf Rückgewähr lauten; dem Schuldner

[1]) R.-G. (VI.) 16. Dez. 1886 und 2. Nov. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 356, Entsch. Bd. 19 S. 202 ff., Hans. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. 9 S. 22; R.-G. (II.) 19. Juni 1891, Jur. Woch. 1892 S. 392 Nr. 2 u. Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 433 ff.; (VI.) 12. Nov. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 572 u. Gruchot Bd. 36 S. 464; A. M.: Menzel S. 294.

[2]) R.-G. (II.) 22. Jan. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 5 ff.; O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 I. S. 139.

[3]) R.-G. (II.) 22. Jan. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 5 ff.

[4]) R.-G. (VI.) 7. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 434 Nr. 17.

gegenüber ist aber die Verurteilung zur Rückgewähr unmöglich, weil sich die Klage gerade darauf stützt, dass ein zur Befriedigung des Gläubigers geeigneter Vermögenswert sich nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorfinde. Der Gläubiger würde hiernach mit der gleichzeitig gegen den Schuldner und den Erwerber gerichteten Klage sich selbst widersprechen.[1]) Doch hat selbstverständlich die gleichzeitige Erhebung der Anfechtungsklage gegen Schuldner und Erwerber nicht die Zurückweisung der gegen den letztern erhobenen Klage zur Folge.[2]) Der Gläubiger hat übrigens kein Interesse daran, den Schuldner mitzubelangen, um sich gegen dessen Widerspruch zu sichern; denn dieser kann der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand der Rückgewähr nicht widersprechen, weil er nicht in der Lage ist, ein die Veräusserung hinderndes Recht geltend zu machen (§ 690 C.-P.-O.). Dem Schuldner gegenüber ist die Rechtshandlung wirksam; für ihn bleibt folglich der Gegenstand fremdes Vermögen. Dagegen kann er zufolge einer Streitverkündung oder aus eigenem Antriebe als Nebenintervenient in das Verfahren eintreten, weil er, mit Rücksicht auf den etwaigen Rückgriff des Erwerbers (§ 8), am Ausgange des Prozesses ein Interesse hat.[3]) Auch kann der anfechtende Gläubiger dem Erwerber und dem Schuldner zugleich im Prozesse gegenüberstehen, wenn er den Anfechtungsgrund einredeweise gegen eine Widerspruchsklage (§ 690 C.-P.-O.) geltend macht, welche von beiden gemeinsam erhoben worden ist. Dass ein anderer Gläubiger dem Anfechtungskläger als Nebenintervenient beitreten will, wird nicht leicht vorkommen, weil er damit sein eigenes Interesse nicht wohl wahren kann. Es würde aber auch in einem solchen Falle regelmässig an dem in § 63 der C.-P.-O. vorausgesetzten rechtlichen Interesse fehlen, da das Interesse am Sieg des Klägers nur ein thatsächliches sein kann.

§ 2.

Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, dass sie zu einer solchen nicht führen würde.

(E. § 2; M. S. 12—17.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Der Anfechtungsanspruch ist dem Gläubiger als Mittel gewährt, auf dem ausserordentlichen Wege der Zwangsvollstreckung in fremdes Vermögen Befriedigung zu erlangen, wenn der ordentliche Weg nicht dazu geführt hat oder voraussichtlich nicht dazu führen würde. Hieraus ergeben sich für jede Anfechtung zwei Bedingungen: auf seite des Gläubigers das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels, als der wichtigsten Voraussetzung der Zwangsvollstreckung und auf seite des Schuldners die thatsächliche oder voraussichtliche Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen, als des ordentlichen Weges zur Befriedigung. Dagegen wird nicht ein besonderer Befriedigungsanspruch vorausgesetzt, wie (M. S. 12) behauptet worden ist.[4]) So wenig man im Konkursrechte einen

[1]) Hartmann S. 67; Meisner S. 460. A. M.: Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 271; R.-G. (VI.) 11. Okt. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 376; O.-L.-G. Augsburg 14. Juni 1888, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 168.

[2]) Urt. des O.-L.-G. Köln vom 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 I. S. 139.

[3]) A. M. nur Kranichfeld S. 46, 47.

[4]) A. M.: Jäckel S. 19 ff.; Hartmann S. 3, 4.

besondern Konkursanspruch braucht, um das Anfechtungsrecht erklären zu können (Bem. I. 1 zu § 2, Bem. III. 1 zu § 22), so wenig bedarf man bei der Anfechtung ausserhalb des Kv. der Annahme eines besondern Befriedigungsanspruches. Der Anspruch auf Befriedigung entsteht schon mit der Forderung oder wenigstens mit deren Fälligkeit. Der vollstreckbare Titel enthält die Feststellung dieses Rechtes, bringt es aber nicht erst zur Entstehung. Im Anfechtungsrechte wird nicht der Befriedigungsanspruch verfolgt; denn der Gläubiger hat seine Befriedigung vom Schuldner zu verlangen, während der Anfechtungsanspruch sich gegen dritte Personen richtet. Der Befriedigungsanspruch kann schon deshalb nicht die Grundlage des Anfechtungsrechtes bilden, weil jener seinen Grund in dem Rechtsgeschäfte zwischen Gläubiger und Schuldner hat, während dieses aus einer Rechtshandlung entsteht, welche vom Schuldner gegenüber einem Dritten vorgenommen worden ist, beide Ansprüche also verschiedenen Ursprung haben. Aus dem Abhängigkeitsverhältnisse aber, in welchem der Anfechtungsanspruch zu einem andern materiellen Anspruche stehen muss (Bem. II. 1 zu § 1), ist nicht zu schliessen, dass jener in diesem seine Grundlage habe oder aus ihm entstanden sei, wie man auch nicht sagen darf, das Pfandrecht habe seine Grundlage in dem Forderungsrechte, zu dessen Sicherung es bestellt ist. Der Anfechtungsanspruch entsteht auch nicht aus einer Verletzung des Befriedigungsanspruches; die Anfechtbarkeit der Handlung beweist weder noch setzt sie voraus, dass das Befriedigungsrecht verletzt sei. Eine Rechtshandlung kann vielmehr anfechtbar sein, obgleich der Schuldner ein seiner Veräusserung entsprechendes Entgelt bezogen hat (Bem. II. 1 zu § 22). Aus dem ungünstigen Vermögenszustande des Schuldners ergiebt sich zwar die Nichtbefriedigung der Forderung; diese ist jedoch nicht als Anspruchsverletzung aufzufassen, weil der Bestand des Anspruches dadurch nicht berührt wird. Eine Verletzung kann nur darin liegen, dass der Bestand des Anspruches geleugnet oder die Verwirklichung gehemmt wird. Eine solche Hemmung kann zwar, muss aber nicht durch die anfechtbare Handlung herbeigeführt werden; ebenso kann der ungünstige Vermögenszustand auf Thatsachen zurückzuführen sein, welche nicht als Anspruchsverletzung aufzufassen sind, z. B. auf Naturereignisse, politische Umwälzungen, den Zugriff anderer Gläubiger u. s. w. Ist das Befriedigungsrecht nicht als besonderer Anspruch sondern nur als der notwendige Inhalt eines jeden Forderungsrechtes anzuerkennen und kann es nicht als rechtliche Grundlage des Anfechtungsrechtes in Betracht kommen, so bildet es auch nicht eine besondere Voraussetzung oder den Grund der Anfechtung.

II. Voraussetzungen auf seite des Gläubigers.

1) Zur Anfechtung sind alle Gläubiger berechtigt, welche Befriedigung ausserhalb des Kv. verlangen können, also auch Absonderungsberechtigte (Bem. I. 3 zu § 1) und solche Gläubiger, denen lediglich eine Sache desjenigen haftet, der die anfechtbare Handlung vorgenommen hat. Hierher gehören insbesondere Grundschuldgläubiger und Hypothekgläubiger, denen der Besitzer des Grundstückes nicht zugleich als persönlicher Schuldner haftet (M. S. 14). Selbstverständlich können die letztern nur solche Handlungen anfechten, welche das Grundstück betreffen, Absonderungsberechtigte aber während des Kv. nur Handlungen, welche sich auf den Gegenstand der abgesonderten Befriedigung beziehen. Ob ein einzelner Miterbe zugunsten einer zur ungeteilten Erbmasse gehörigen Forderung das Anfechtungsrecht ausüben darf, ist nach dem allgemeinen bürgerl. Rechte zu beurteilen. Bezüglich des preuss. A.-L.-R. ist angenommen worden, jeder Miterbe sei hierzu und zwar in Ansehung des ganzen Forderungsbetrages, auch im Wege des § 4, befugt, wie er auch diese Forderung für die Gesamtheit einklagen könne.[1]) Die Anfechtungsbefugnis wird durch § 2 auf Gläubiger eingeschränkt, welche eine fällige Forderung und einen vollstreckbaren Titel haben, während die Entstehungszeit der Forderung

[1]) R.-G. (VI.) 19. Okt. 1891, bes. Beil. des R.-A. 1892 S. 1 ff.

im übrigen gleichgültig ist (S. 100 Anm. 4, S. 129 Anm. 5 u. S. 655 Anm. 1).[1]) Ob die Ausübung des Anfechtungsrechtes auf solche Gläubiger beschränkt ist, welchen eine Geldforderung zusteht, ist zweifelhaft. Überwiegende Gründe sprechen aber gegen diese Einschränkung. Da nicht angenommen werden kann, dass eine so wichtige Einschränkung nur stillschweigend aufgestellt worden sei und nach dem Gesetze „jeder Gläubiger“ zur Anfechtung berechtigt ist, würde die Beschränkung nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf einen besondern Hinweis im Gesetze gestützt werden könnte. Ein solcher kann in den Worten „Zwangsvollstreckung“ oder Zwangsvollstreckung „in das Vermögen des Schuldners“ nicht gefunden werden, weil die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einzelner Sachen ebenso wie die Vollstreckung wegen Geldforderung „in das Vermögen des Schuldners“ erfolgt, sofern dieser die Sache als eine zur Zeit ihm gehörige oder als eine in seinem Besitze stehende auf Grund eines Forderungsverhältnisses herauszugeben hat. Nur dann, wenn jemand eine Sache herausgeben muss, weil ihm das Eigentum oder das Besitzrecht aberkannt wurde, wird allerdings sein Vermögen nicht von der Vollstreckung ergriffen. Der Begriff „Vermögen“ darf hier deshalb nicht in seiner weitern Bedeutung genommen werden, weil die Bedeutung der Anfechtung gerade auf dem Gegensatze zwischen der Vollstreckung in das rechtlich dem Schuldner gehörige und in das rechtlich nicht mehr ihm gehörige Vermögen beruht (Einl. Bem. II). Aber daraus, dass nicht alle Forderungen auf Herausgabe einzelner Sachen zur Anfechtung berechtigen, folgt keineswegs, dass die Gläubiger solcher Forderungen diese immer zuerst in einen Geldanspruch müssten umwandeln lassen, um mit der Anfechtung durchzudringen. Wenn das Gesetz Zahlungsunfähigkeit oder Vermögensunzulänglichkeit im strengen Wortsinne voraussetzen würde, könnten diese Erfordernisse vielleicht für die entgegengesetzte Auffassung verwertet werden. In § 2 wird aber weder Zahlungsunfähigkeit noch Vermögensunzulänglichkeit sondern nur das Vorhandensein eines auf eine Vermögensleistung lautenden Schuldtitels und die thatsächlich nachgewiesene oder voraussichtlich eintretende Erfolglosigkeit der Vollstreckung dieses Schuldtitels vorausgesetzt (Bem. III. 3). Auf einen andern Schuldtitel kann diese Erfolglosigkeit nicht bezogen werden. Der Anfechtungsanspruch ausserhalb des Kv. ist beschränkt durch die Wechselbeziehung zwischen ihm selbst und derjenigen Forderung, zu deren Gunsten der anfechtende Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt hat oder nachträglich erlangt (§§ 4, 5); zugunsten anderer Forderungen bleibt die Anfechtung wirkungslos.[2]) Lautet nun aber der Schuldtitel auf Herausgabe einer bestimmten, dem Schuldner gehörigen, Sache und findet sich diese bei der Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen nicht mehr vor, so kann er nicht vollstreckt werden; der bestehende Anspruch bleibt also unbefriedigt. Es liegt deshalb die Voraussetzung des § 2 vor, da die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer Befriedigung des Gläubigers in Ansehung des allein in Frage stehenden Anspruches auf Herausgabe nicht geführt hat. Der Ersatzanspruch, den der Gläubiger nach § 778 C.-P.-O. geltend machen kann, ist ein wesentlich anderer Anspruch als der Hauptanspruch. Man darf deshalb nicht sagen, dass dieser erst dann als unbefriedigt anzusehen sei, wenn auch jener eventuelle Anspruch auf Leistung des Interesses nicht befriedigt werden könne. Ob der Gläubiger den Ersatzanspruch verfolgen oder die anfechtbare Veräusserung des geschuldeten Gegenstandes anfechten will, ist seine Sache; er ist, da sich der Anspruch auf Herausgabe keineswegs kraft Gesetzes in eine Geldforderung verwandelt, sondern dessen Befriedigung erzwungen werden darf, durch keine gesetzliche Vorschrift genötigt, dem erstern Wege den Vorzug zu geben, zumal die Geldentschädigung nicht immer den gleichen Wert hat wie die Herausgabe der Sache selbst. Darauf, dass die Absicht, das preuss. Recht zu ändern, nirgends erkennbar hervortrete, darf man sich nicht berufen, weil nach dem Reichsges. Zahlungsunfähigkeit nicht verlangt wird (Bem. III. 3),

[1]) O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 106 ff.; O.-L.-G. Dresden 17. Okt. 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 746.

[2]) R.-G. (VI.) 12. März 1891, R.-Anz., bes. Beil. S. 254 ff., bes. S. 257.

welche sowohl das preuss. Gesetz v. 26. April 1835 als das v. 9. Mai 1855 gefordert hatte, und gerade darauf vom pr. Obertrib. das entscheidende Gewicht gelegt wurde. Übrigens ist auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nirgends hervorgehoben worden, dass die unter der preuss. Gesetzgebung zur Herrschaft gelangte Auffassung für die Reichsgesetzgebung maassgebend sein solle.[1])

Da hiernach eine Geldforderung nicht Voraussetzung der Anfechtung ist, so kann sich derselben der Fiskus auch zum Zwecke des Vollzuges einer Beschlagnahme des Vermögens (§ 40 St.-G.-B., § 94 Abs. 2, §§ 325, 332 St.-P.-O.) bedienen. Andernfalls könnte der Zweck dieser Maassregeln auch sehr leicht durch Übertragung der fraglichen Gegenstände bezw. eines ganzen Vermögens vereitelt werden.[2]) Wurde der Schuldner zur Vornahme einer Handlung z. B. zu einer Sicherheitsleistung verurteilt, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, weil dieses Urteil nicht in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden kann.[3]) Die Verurteilung des Schuldners zu einer Geldstrafe gemäss § 774 C.-P.-O. begründet eine Forderung für den Fiskus, nicht aber für den Gläubiger, der die Vornahme der Handlung verlangt.[4])

2) Aus dem Erfordernisse der Fälligkeit ergiebt sich, dass die Gläubiger, welchen lediglich eine bedingte oder aufschiebend befristete Forderung zusteht, ein Anfechtungsrecht nicht haben. Doch genügt es, dass zur Zeit derjenigen Verhandlung, welche der Urteilsfällung unmittelbar vorausging, die Bedingung erfüllt bezw. die Frist abgelaufen ist; es liegt dann im Augenblicke der Entscheidung eine fällige Forderung vor, was hier ebenso genügen muss wie bei Verurteilung zur Zahlung einer Schuld. Dass die Voraussetzungen der Anfechtung zur Zeit der Klagerhebung noch nicht vorlagen, kann nur für die Kostenpflicht von Einfluss sein. Besteht die Forderung des Gläubigers in einem Rechte auf regelmässig wiederkehrende Leistungen, so kann das Anfechtungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung für die bereits fällig gewordenen Beträge verfolgt werden.[5]) Hat der Gläubiger eine Forderung auf Leistung „Zug um Zug", so kann der Anfechtungsgegner nicht den Nachweis der Vorleistung als Erfüllung der Bedingung verlangen, sondern muss sich damit begnügen, dass der Gläubiger seine Bereitschaft nachweist, im Falle der Rückgewähr an den Schuldner zu leisten. Andererseits kann er verlangen, dass diese Bereitschaft als Bedingung für den Vollzug der Rückgewähr im Urteile ausgesprochen werde.[6]) Die Fälligkeit ist nur Bedingung für die Ausübung des Anfechtungsrechtes; ihr Mangel steht deshalb dem Erlasse einer einstweiligen Verfügung mit Bezug auf den Gegenstand der Rückgewähr nicht im Wege. Die einstweilige Verfügung ist gerade für solche Fälle zugelassen, in welchen der Klage noch ein Hindernis im Wege steht.[7]) Ebenso erscheint

1) Fischer, Preuss. Privatr. S. 768; Hartmann S. 70 ff.; Jäckel S. 213 ff.; Markus in Gruchot Bd. 33 S. 251 ff. A. M.: Cosack S. 45 (vgl. jedoch S. 40); Dernburg Bd. 2 S. 349 § 132 Nr. 1; Eccius Bd. 1 S. 774 § 114 Nr. 1c; Korn S. 24; Menzel S. 39; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 271; v. Völderndorff Bd. 3 S. 141; v. Wilmowski S. 541; R.-G. (VI.) 12. Mai, 3. u. 27. Nov. 1887, Entsch. Bd. 18 S. 145 ff., bes. S. 147, Bd. 19 S. 204 ff.; O.-L.-G. Rostock 28. März 1881, Meckl. Z. Bd. 6 S. 320, 321.

2) Ebenso v. Völderndorff Bd. 3 S. 141, obwohl er nur dem Gläubiger einer Geldforderung die Anfechtungsbefugnis einräumt und hier der Fiskus keine Geldforderung hat; ferner Hartmann S. 78 ff., der jedoch a. M. ist im Fall des § 332 St.-P.-O.

3) O.-L.-G. Dresden 1. Mai 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 11.

4) O.-L.-G. Kiel 23. Mai 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 32 ff., Schl.-Holst. Anz. 1884 S. 245.

5) R.-G. (I. H.-S.) 20. Jan. 1880, Gruchot Bd. 24 S. 1060.

6) Cosack S. 37; Hartmann S. 73; Jäckel S. 32. A. M.: Korn S. 5.

7) Cosack S. 226; Hartmann S. 73; Jäckel S. 32 Anm. 27; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 270; v. Wilmowski S. 543; R.-G. (III.) 20. Mai 1881, Entsch. Bd. 4 S. 400; R.-G. (V.) 27. Febr. 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 598, Gruchot Bd. 30 S. 745 und Jur. Woch. 1886 S. 117; O.-L.-G. Posen 18. Jan. 1886, Buschs Z. Bd. 13 S. 421.

der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Anfechtungsgegners als zulässig, wobei der Anfechtungsanspruch als die zu sichernde Forderung in Betracht kommt.

3) Das Erfordernis des vollstreckbaren Schuldtitels beruht auf der Erwägung, dass der Gläubiger dem Schuldner gegenüber erst durch die Vollstreckbarkeit seiner Forderung berechtigt wird, einzelne Vermögensgegenstände zum Zwecke seiner Befriedigung anzugreifen, daher auch Dritten gegenüber nur unter dieser Voraussetzung befugt sein kann, die Duldung der Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu verlangen (M. S. 12, 13). Dies gilt auch für die Vollstreckung in unbewegliche Sachen, so dass der vollstreckbare Titel nicht ersetzt wird durch die Eintragung der Forderung in das Hypothekenbuch.[1]) Als vollstreckbare Schuldtitel kommen zunächst in Betracht: die rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurteile (§§ 644, 648 ff., 660, 868 C.-P.-O.), bezüglich deren jedoch, wenn die Vollstreckbarkeit von einer Bedingung z. B. einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht ist, der Nachweis für die Erfüllung der Bedingung erbracht werden muss, weil sonst ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt;[2]) ferner die im § 702 C.-P.-O. bezeichneten Urkunden, Vergleiche und Entscheidungen. Bei gerichtlichen Vergleichen ist es unerheblich, ob die im Vergleiche anerkannte Forderung vorher klagbar war oder nicht; wenn im Gebiete des rhein. Rechtes ein Vergleich über das Unterhaltsversprechen des ausserehelichen Vaters geschlossen wird, dient daher der gerichtliche Vergleich als vollstreckbare Urkunde, obwohl das Versprechen an sich die Klagbarkeit nicht begründet hätte.[3]) Vollstreckbare Titel sind ferner: der Eintrag der Feststellung in die Konkurstabelle, sofern der Schuldner die Forderung nicht bestritten hatte (§ 152 K.-O.);[4]) die Entscheidung über die Vorschuss- und Nachschussberechnung im Genossenschaftskonkurse (Reichsges. v. 1. Mai 1881 § 101 Abs. 2, §§ 106, 107); die Entscheidung, durch welche im Strafprozesse oder im ehrengerichtlichen Verfahren gegen einen Anwalt Verurteilung zu einer Geldstrafe bezw. zur Kostentragung ausgesprochen wird (§ 495 St.-P.-O., § 97 R.-A.-O.); der Beschluss zur Feststellung eines „Defektes“ (Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 § 139); endlich die in Anwendung des § 706 C.-P.-O. von der Landesgesetzgebung bezeichneten Titel.[5]) Dagegen ist ein Arrestbefehl nicht als vollstreckbarer Titel anzusehen, weil der Arrest die Forderung nicht vollstreckbar macht, vielmehr mit Rücksicht auf den Mangel der Vollstreckbarkeit gewährt wird.[6]) Ebenso ist Verurteilung zur Sicherheitsleistung ungenügend, weil dadurch die sicherzustellende Forderung nicht vollstreckbar wird, der blosse Anspruch auf Sicherheitsleistung im allgemeinen aber nicht auf eine bestimmte Leistung gerichtet ist. Aus dem Erfordernisse der nachweisbar oder voraussichtlich erfolglosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen ergiebt sich, dass der Anspruch zu sofortiger Vollstreckung in das Vermögen geeignet, also auf Leistung eines genau bestimmten Vermögenswertes gerichtet sein muss. Eine Sicherheit kann aber in ganz verschiedener Weise geleistet werden.[7]) Aus demselben Grunde ist ein zur Rechnungslegung verurteilendes Erkenntnis nicht ein

[1]) R.-G. (VI.) 29. Nov. 1886, Entsch. Bd. 17 S. 167.

[2]) Cosack S. 36; Kranichfeld S. 18 Nr. 3; O.-L.-G. Oldenburg 17. März 1883, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 178. A. M.: v. Wilmowski S. 542.

[3]) R.-G. (II.) 26. Sept. 1884, Puchelts Z. Bd. 16 S. 400.

[4]) R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. 16 S. 32.

[5]) R.-G. (III.) 29. Juni 1886, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 5 S. 403.

[6]) Hartmann S. 70; Jäckel S. 21 Anm. 4, S. 28; Korn S. 15; R.-G. (V.) 26. Nov. 1887, Bolze Bd. 5 Nr. 339, Jur. Woch. 1888 S. 18; Ldg. Mannheim 26. Febr. 1887, Buschs Z. Bd. 13 S. 433 ff. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 143 Anm. 6.

[7]) Vgl. R.-G. (VI.) 3. Nov. 1887, Entsch. Bd. 19 S. 204 ff. mit der Begründung, der Anspruch sei keine Geldforderung; O.-L.-G. Dresden 13. Jan. 1888. Wengler, Arch. N. F. Bd. 9 S. 145 ff.

vollstreckbarer Titel.[1]) Einen vollstreckbaren Titel für die als Gläubigerin ihres Ehemannes auftretende Ehefrau bildet weder das unter der Herrschaft des rhein. Rechts erlassene Gütertrennungsurteil, welches sich auf den Ausspruch dieser Trennung beschränkt hat, noch die notarielle Auseinandersetzung vor dem Notar, welche als vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 702 der C.-P.-O. nicht anzusehen ist.[2]) Dagegen kann die Erklärung der zuständigen Gerichtskasse, dass eine Person Kostenschuldner sei, genügen, wenn diese Kasse darüber zu entscheiden hat, wer Kosten schulde und in welcher Höhe.[3]) Das Vorhandensein des vollstreckbaren Titels gehört zu den die Klage begründenden Thatsachen d. h. zu den materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes; es genügt daher, wenn das Vorhandensein noch vor Schluss derjenigen Verhandlung nachgewiesen wird, auf welche das Urteil ergeht, mag dabei auch feststehen, dass die Voraussetzung zur Zeit der Klagerhebung noch fehlte (Bem. II. 2).[4]) Da der Richter sich im Rechtsirrtume darüber befinden kann, ob ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliege, und da ein nur vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbares Urteil bloss einen bedingten Ausspruch über die Anfechtbarkeit ermöglicht (§ 10), genügt nicht die Feststellung, dass irgend ein vollstreckbarer Titel vorliege. Vielmehr muss im Thatbestande festgestellt werden, welcher bestimmte Titel vom Richter als vollstreckbarer angesehen wird.[5])

Der vollstreckbare Titel trägt die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit in sich, erhält dieselbe sonach nicht erst durch die Vollstreckungsklausel, welche lediglich die Bedeutung hat, dem Gerichtsvollzieher die Prüfung durch ein äusserlich erkennbares Zeichen abzunehmen. Die Anfechtung ist daher nicht durch Beifügung der Vollstreckungsklausel, also nicht durch die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung bedingt.[6]) Daraus ergiebt sich, dass die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Erben auch dann möglich ist, wenn der vollstreckbare Titel gegen den Erblasser erworben worden war, denn zur Vollstreckung gegen den Erben ist in solchen Fällen nicht die Erlangung eines neuen Titels sondern nur die Erlangung einer auf die Person des Erben gestellten Vollstreckungsklausel erforderlich. Dies ergiebt sich aus der durch die Gesamtrechtsnachfolge erworbenen Stellung. Der von dem ursprünglichen Gläubiger erworbene vollstreckbare Titel stützt aber auch die Anfechtung durch den Cessionar, denn der vollstreckbare Schuldtitel wirkt in der Zwangsvollstreckung zugunsten des Sonderrechtsnachfolgers ebenso wie zugunsten des Gesamtrechtsnachfolgers (§ 665 C.-P.-O.). Beide bedürfen erst einer auf ihren Namen lautenden Vollstreckungsklausel; deren Erlangung ist aber nicht Bedingung für die Geltendmachung des Anfechtungsrechts.[7])

III. Voraussetzungen auf seite des Schuldners.

1) Die Anfechtung ist weiter bedingt durch den Nachweis einer anfechtbaren Handlung im Sinne des § 3 und durch den Nachweis der thatsächlichen oder voraussichtlichen Erfolglosigkeit einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Damit kann nur die Vollstreckung desjenigen Anspruches gemeint sein, auf den sich der vollstreckbare Titel bezieht (Bem. II. 1). Ist der Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten Sache oder

[1]) Cosack S. 40; Hartmann S. 71, 72; v. Völderndorff Bd. 3 S. 147; Willenbücher S. 270 Nr. 1b; O.-L.-G. Kiel 23. Mai 1884 in Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 32 ff. und Schlesw.-Holst. Anz. 1884 S. 245.

[2]) R.-G. (II.) 19. Juni 1891, Jur. Woch. S. 393 Nr. 24, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 433 ff.

[3]) O.-L.-G. Dresden 22. Juni 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 738 ff.; Schlesw.-Holst. Anz. 1892 S. 36 ff.

[4]) Cosack S. 36; v. Wilmowski S. 542; R.-G. (V.) 22. Dez. 1888, Bolze Bd. 7 Nr. 283.

[5]) R.-G. (VI.) 24. März 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 362.

[6]) O.-L.-G. Dresden 22. Juni 1891 a. a. O.

[7]) A. M.: O.-L.-G. Kassel 17. März 1890, Buschs Z. Bd. 16 S. 546, welches die Erlangung der Vollstreckungsklausel oder eines neuen Vollstreckungstitels fordert.

einer bestimmten Menge von vertretbaren Sachen gerichtet, so genügt es, dass der ernstliche Vollstreckungsversuch nicht zur Erlangung dieser Sachen oder nicht zu ihrer vollständigen Erlangung geführt hat. Handelt es sich um einen Geldanspruch, so muss dagegen nachgewiesen werden, dass der Vollstreckungsversuch ein das Vermögen erschöpfender war, dass also kein der Vollstreckung unterliegender, thatsächlich greifbarer Vermögensbestandteil ausseracht gelassen wurde und trotzdem die Befriedigung des Gläubigers nicht erreicht worden ist. Der blosse Mangel von barem Gelde genügt nicht. Die Anfechtung führt zur ausnahmsweisen Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf ein dem Schuldner fremdes Vermögen; deshalb ist die in § 2 vorgeschriebene Voraussetzung soweit auszudehnen, als die Gesetzesworte es erlauben; diese weisen aber auf obige Auslegung durch den Ausdruck „in das Vermögen" deutlich hin. Es kann hiernach nur das ganze Vermögen, nicht ein beliebiger Teil gemeint sein (vgl. aber noch unten S. 665 Anm. 7).[1]) Unerheblich ist, ob das durch die Vollstreckung Beigetriebene im Konkursfalle auf Grund der §§ 22 ff. K.-O. wieder zurückgewährt werden müsste.[2]) Ein Hypothekgläubiger dringt so lange mit der Anfechtung nicht durch, als er nicht einmal versucht hat, sich aus der Hypothek zu befriedigen. Dem Gläubiger wird das Anfechtungsrecht nur gewährt, um ihn gegen ungerechtfertigte Benachteiligung zu schützen. Wenn er aber dadurch in Nachteile gerät, dass er sein Pfandrecht, durch dessen Ausübung er Befriedigung erlangen kann, nicht ausübt, so beruht die Benachteiligung nicht mehr auf der anfechtbaren Handlung des Schuldners sondern lediglich auf dem eigenen Willen des Gläubigers; es fehlt also die allgemeine Voraussetzung des Anfechtungsrechtes (Bem. I. 4 zu § 1).[3]) Kann der Gläubiger hiernach nicht zwischen der Geltendmachung des persönlichen Anspruches und der Ausübung seines Pfandrechtes wählen, ohne bei Nichtausübung des Pfandrechtes das Anfechtungsrecht zu verlieren, so kann er auch nicht mit der Wirkung auf das Pfandrecht verzichten, dass das Anfechtungsrecht unberührt bleibt. Ebenso verliert der Hypothekgläubiger sein Anfechtungsrecht durch Abtretung des bessern Ranges, mit welchem er noch Befriedigung gefunden hätte, weil er damit den Ausfall selbst herbeiführt. Allerdings wird an dem Charakter der Rechtshandlung des Schuldners insbesondere an der Benachteiligungsabsicht durch den Verzicht des Gläubigers nichts geändert. Aber daraus folgt nicht, dass der auf sein Pfandrecht verzichtende Gläubiger trotzdem das Anfechtungsrecht ausüben dürfte; denn man muss auch das Anfechtungsrecht der übrigen Gläubiger berücksichtigen, welches sonst durch einen solchen Verzicht willkürlich beeinträchtigt werden könnte. Ob der Gläubiger erst im Augenblicke der Zwangsvollstreckung auf das Pfandrecht verzichtet oder ob er schon vorher darauf Verzicht geleistet hatte, kann einen Unterschied nicht begründen.[4]) Dagegen braucht sich der Gläubiger nicht auf eine Sicherheitsleistung durch dritte Personen verweisen zu lassen; die von diesen bestellte Kaution steht der Anfechtung nicht im Wege.[5])

Andererseits steht der Annahme der Erfolglosigkeit der Umstand nicht entgegen, dass Vermögen, welches zur vollständigen Befriedigung ausreichen würde, zwar vorhanden, aber verborgen und somit thatsächlich der Zwangsvollstreckung entzogen ist (vgl. jedoch

[1]) Cosack S. 43, 44; Hartmann S. 81 ff.; Jäckel S. 51; v. Wilmowski S. 544; R.-G. (II.) 17. Okt. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 400; (V.) 7. Jan. 1886, Bolze Bd. 2 Nr. 596, 597, Gruchot Bd. 30 S. 1087, Jur. Woch. 1886 S. 74; (III.) 30. Okt. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 47; O.-L.-G. Braunschweig 23. Jan. 1883 u. 12. Nov. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 293 u. Bd. 47 S. 159. A. M.: Korn S. 24 ff., der den Mangel barer Mittel für genügend hält; Menzel S. 53, der die gewöhnliche Vollstreckung in das bewegliche Vermögen, u. Otto S. 236, der jeden einzelnen erfolglosen Versuch für ausreichend erklärt.

[2]) R.-G. (II.) 1. Nov. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 266.

[3]) R.-G. (V.) 7. Jan. 1886 a. a. O.

[4]) A. M.: R.-G. (III.) 25. Nov. und 19. Dez. 1884, Entsch. Bd. 12 S. 204 ff., bes. S. 214, 215, Bolze Bd. 1 Nr. 554.

[5]) R.-G. (VI.) 13. März 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 153, Bolze Bd. 9 Nr. 171

Bem. IV. 2),[1]) ebensowenig die Thatsache, dass Vermögensgegenstände vorgefunden wurden, welche bereits zugunsten anderer Forderungen verpfändet oder gepfändet sind oder von dritten Personen als Eigentum in Anspruch genommen werden. Man kann dem Gläubiger nicht zumuten, dass er das Ergebnis eines Widerspruchsprozeses abwarte.[2]) Auch wenn der Anfechtende selbst die vorhandenen Sachen als sein Eigentum in Anspruch nimmt, sind sie nicht als Gegenstand der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung von dessen Forderung zu betrachten; daher steht das Vorhandensein solcher Sachen der Annahme der Erfolglosigkeit nicht entgegen.[3]) Auf die Pfändung angeblicher Forderungen des Schuldners, bezüglich deren Existenz nur diese Behauptung des Schuldners vorliegt, braucht sich der Gläubiger nicht verweisen zu lassen.[4]) Dass der Gläubiger die Leistung des Offenbarungseides verlangt habe, kann nicht gefordert werden, da es an einem Gesetze fehlt, nach welchem der Gläubiger sich diese Beschränkung des Beweises gefallen lassen müsste.[5]) Dagegen ist die Thatsache der Leistung des Offenbarungseides hinreichender Beweis für die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung.[6]) Wenn der Schuldner zwar kein der Vollstreckung unterliegendes bewegliches Vermögen, wohl aber noch Grundbesitz hat, so wird dieser regelmässig so stark belastet sein, dass die Erfolglosigkeit einer Vollstreckung zugunsten rein persönlicher Forderungen mit Sicherheit vorauszusehen ist. Mit Rücksicht hierauf hat die Streitfrage, ob die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen genügt, geringe Bedeutung. Im allgemeinen muss jedoch anerkannt werden, dass auch auf unbewegliche Sachen Rücksicht zu nehmen ist; auch sie gehören zum Vermögen des Schuldners.[7])

2) Die Beantwortung der Frage, ob trotz Unterlassung von Vollstreckungsversuchen angenommen werden dürfe, dass eine Vollstreckung voraussichtlich nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers führen werde, ist grundsätzlich dem richterlichen Ermessen überlassen.[8]) Die Frage ist zu bejahen, wenn nachgewiesen wird, dass ein anderer Gläubiger erfolglos die Vollstreckung versucht, und der Schuldner in der Zwischenzeit neues Vermögen nicht erworben hat.[9]) Ferner ist die Bejahung gerechtfertigt, wenn zwar der Vollstreckung unterworfene Vermögensgegenstände vorhanden sind, diese aber nur eine unsichere Aussicht auf Befriedigung eröffnen. So wurde z. B. angenommen, dass eine Leibzucht, welche an die Stelle veräusserter beweglicher und unbeweglicher Sachen getreten war, wegen Ungewissheit der Dauer des Bezugsrechts keine Sicherheit für vollständige Befriedigung gewähre.[10]) Auch nach vollzogener Pfändung kann sich herausstellen, dass die Verwertung der gepfändeten Gegenstände zur vollständigen Befriedigung nicht führen werde.[11]) Immer hat der Anfechtungsgegner den Beweis der veränderten Vermögenslage des Schuldners, nicht der Gläubiger den Beweis der unveränderten Verhältnisse zu erbringen.[12]) Gelangt der Richter zur Annahme, dass der Gläubiger durch die Vollstreckung in das Vermögen

[1]) R.-G. (VI.) 25. Nov. 1886, Jur. Woch. 1887 S. 3 und 4; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 34.

[2]) Cosack S. 44; Hartmann S. 83; Menzel S. 54; v. Völderndorff Bd. 3 S. 150; R.-G. (V.) 13. Mai 1885, Blum, Urt. u. Ann. Bd. 2 S. 454.

[3]) R.-G. (V.) 13. Mai 1885 a. a. O.

[4]) O.-L.-G. Dresden 2 April 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 736.

[5]) Cosack S. 43; Hartmann S. 83; Jäckel S. 55; R.-G. (IV.) 17. Nov. 1883, Entsch. Bd. 10 S. 235, 236; O.-L.-G. Braunschweig 12. Nov. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 159. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 150 Anm. 21; O.-L.-G. Braunschweig 23. Jan. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 293.

[6]) Otto S. 236; v. Völderndorff Bd. 3 S. 148.

[7]) Cosack S. 43; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 271; v. Völderndorff Bd. 3 S. 149 Anm. 19.

[8]) R.-G. (II.) 25. Jan. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 367.

[9]) Hartmann S. 82; Otto S. 236; v. Völderndorff Bd. 3 S. 151; R.-G. (IV.) 7. Febr. 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 299; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 34.

[10]) R.-G. (VI.) 11. Okt. 1886, Bolze Bd. 3 Nr. 388; O.-L.-G. Braunschweig a. a. O.

[11]) Nessel in Gruchot Bd. 28 S. 144.

[12]) R.-G. (IV.) 7. Febr. 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 299.

des Schuldners voraussichtlich vollständige Befriedigung nicht erlangen werde, so darf er die Anfechtungsklage nicht deswegen abweisen, weil der Gläubiger nicht vor Ausübung des Anfechtungsrechtes die wenigstens teilweise mögliche Befriedigung gesucht habe. Das Gesetz verlangt nicht, dass der Gläubiger unter allen Umständen zunächst seine Befriedigung bei dem Schuldner suchen müsse und nur wegen des etwaigen Restes seiner Forderung sich an den Anfechtungsbeklagten halte. Vielmehr gewährt es das Anfechtungsrecht bei voraussichtlich unvollständiger Befriedigung unbedingt.[1])

3) Der im § 2 vorausgesetzte Zustand des Vermögens, in welchem dieses bei einer Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Gläubigers gar nicht oder nicht vollständig ausreicht, ist weder mit Zahlungsunfähigkeit noch mit Vermögensunzulänglichkeit gleichbedeutend. Dieser Zustand bedeutet mehr als blosse Zahlungsunfähigkeit, denn letztere besteht nur im Mangel bereiter Mittel zur sofortigen Befriedigung der vorhandenen Gläubiger und zwar zu derjenigen Befriedigung, welche sich mit dem Gegenstande der Forderung deckt (Geld bei Geldschulden u. s. w.), schliesst aber nicht das Vorhandensein von Vermögensgegenständen aus, welche im Wege der Zwangsvollstreckung zur vollständigen Befriedigung eines einzelnen Gläubigers dienen können (Bem. I. 3 zu § 23). Deswegen genügt weder Glaubhaftmachung noch Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Der Wortlaut des § 4 steht dem nicht entgegen; auch dort ist nicht von Zahlungsunfähigkeit im engern Sinne die Rede (Bem. I. zu § 4). Mit der Vermögensunzulänglichkeit kann der in § 2 vorausgesetzte Vermögenszustand zwar thatsächlich zusammenfallen, besonders dann, wenn der Schuldner nichts verheimlicht oder beiseitegeschafft hat. Aber begrifflich decken sich diese beiden Zustände nicht; das Vermögen des Schuldners kann thatsächlich noch einen solchen Wert haben, dass daraus alle Gläubiger befriedigt werden könnten, während die Zwangsvollstreckung nicht einmal zur vollständigen Befriedigung eines einzigen Gläubigers führt, weil viele Vermögensgegenstände verheimlicht oder beiseitegeschafft worden sind. In einem solchen Falle ist die Voraussetzung des § 2 gegeben, obwohl Vermögensunzulänglichkeit nicht vorliegt.[2]) Der in § 2 vorausgesetzte Vermögenszustand braucht nur in demjenigen Zeitpunkte vorzuliegen, in welchem der Gläubiger Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sucht. Der Zustand zur Zeit der anfechtbaren Handlung ist gleichgültig.[3]) Es genügt auch hier (vgl. Bem. II. 3), wenn der fragliche Vermögenszustand zur Zeit der Verurteilung des Anfechtungsgegners besteht.[4]) Der Beweis der thatsächlichen oder voraussichtlichen Erfolglosigkeit kann durch Eideszuschiebung an den Beklagten nicht angetreten werden, weil die Überzeugung von der Erfolglosigkeit ein Urteil ist, das auf der Erkenntnis anderer einfacher Thatumstände aufgebaut wird und deshalb nicht der Partei sondern dem Richter zusteht.[5])

IV. Einwendungen des Anfechtungsbeklagten.

Die Einwendungen des Anfechtungsbeklagten können sich beziehen: 1) auf den vollstreckbaren Titel und die diesem zu Grunde liegende Forderung. 2) auf die behauptete Erfolglosigkeit der Vollstreckung und 3) auf den Gegenstand der Rückgewähr.

[1]) Hartmann S. 83; Steinbach S. 128; v. Wilmowski S. 544; R.-G. (III.) 30. Okt. 1888, Entsch. Bd. 22 S. 44 ff., bes. S. 48.

[2]) Cosack S. 43; Menzel S. 55; R.-G. (VI.) 24. März 1887 u. 6. Febr. 1888, Bolze Bd. 4 Nr. 362 und Bd. 5 Nr. 344. Hartmann S. 81; Jäckel S. 49 ff.; Jess im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 44 ff. Steinbach S. 128 und v. Wilmowski S. 543 Nr. 3 fassen die Voraussetzung zwar richtig auf, bezeichnen den Zustand aber fälschlich als Zahlungsunfähigkeit. A. M.: Dernburg Bd. 2 S. 349 § 132 Nr. 2; Eccius Bd. 1 S. 776 § 114 Nr. 1d; Korn S. 24 ff.; Kranichfeld S. 19 Nr. 6; Otto S. 234 ff.; Willenbücher S. 272 Nr. II., welche annehmen, dass Zahlungsunfähigkeit genüge.

[3]) Bayer. ob. Landesg. 26. März 1886, Sammlung Bd. 11 S. 373.

[4]) R.-G. (VI.) 18. März 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 303.

[5]) Hartmann S. 84; v. Völderndorff Bd. 3 S. 151 Text zu Anm. 28; v. Wilmowski S. 544 Nr. 3.

1) Einwendungen gegen den vollstreckbaren Titel müssen im eigenen Rechte des Beklagten ihren Grund haben wie z. B. die Einwendungen, dass der Titel gefälscht oder nicht vollstreckbar, der Anspruch noch nicht fällig oder bereits getilgt sei; auch wenn der Schuldner selbst gezahlt hat, steht die letztere Einrede dem Anfechtungsbeklagten aus eigenem Rechte zu, weil dann eine wesentliche Voraussetzung der Anfechtung, der Mangel der Befriedigung des Anspruches, fehlt. Überhaupt gehören hierher alle Einwendungen, welche nach Erlangung des vollstreckbaren Titels entstanden sind und die Vollstreckung hemmen (§ 686, 705 C.-P.-O.).[1]) Der Beklagte kann auch diese Umstände im Wege der Einrede geltend machen, weil er nicht die Aufhebung sondern nur die Unwirksamkeit des vollstreckbaren Titels anstrebt; deshalb gilt für den Anfechtungsbeklagten statt § 686 Abs. 3 nur § 251 C.-P.-O.[2]) Höchstpersönliche Einreden können dem Schuldner nach Verkündung des Urteils nicht leicht entstehen; sofern eine solche nachträglich mit der Kraft, die Vollstreckung zu hemmen, vorgebracht werden kann, muss sie aber auch dem Anfechtungsgegner zustehen, da die Anfechtung die Zulässigkeit der Vollstreckung gegen den Schuldner voraussetzt.[3])

Dagegen sind alle Einreden ausgeschlossen, welche dem Verfügungsrechte des Schuldners entstammen. Selbstverständlich ist dies in Ansehung der durch das Urteil beseitigten Einreden; denn wenn auch die Rechtskraft sich nur auf die Parteien erstreckt, würde doch das Erfordernis des vollstreckbaren Titels zwecklos sein, falls der Anfechtungsgegner auf den durch Urteil erledigten Streit über das Forderungsrecht zurückkommen dürfte. Ausgeschlossen ist daher die Einrede, dass die Forderung simuliert, die Schuldurkunde erzwungen, die Schuld schon vor Erlass des Urteiles getilgt worden sei, mag auch die ganze Prozessführung nur dem Zwecke der Simulation gedient haben. Ebenso verhält es sich mit einer Einrede, welche der Schuldner in dem an den Wechselprozess sich anschliessenden Nachverfahren vorbringen könnte.[4]) Auch die Einrede, der Schuldtitel sei in anfechtbarer Weise erlangt worden, ist unzulässig; denn die Anfechtung setzt immer eine Forderung des Anfechtenden gegen denjenigen voraus, dessen Vermögen durch die anfechtbare Handlung angeblich verringert worden ist (§ 5); der Anfechtungsgegner müsste also seinerseits eine Forderung gegen den Schuldner des anfechtenden Gläubigers haben, welche ihm das Recht giebt, das Rechtsgeschäft anzufechten, auf dem die Forderung des anfechtenden Gläubigers beruht. Selbst wenn diese Voraussetzung vorliegen sollte, wäre die Anfechtung seitens des Anfechtungsgegners gegenstandslos, weil dieser, wenn er mit der Anfechtung durchdringen würde, doch nur behielte, was er schon hat, also nicht durch die Anfechtung Befriedigung für seine Forderung an den Schuldner erlangen könnte. Der Anfechtungsbeklagte darf auch nicht geltend machen, dass ihm gegenüber die Forderung des anfechtenden Gläubigers unwirksam sei, denn die Bedingungen des § 2 haben nur die Bedeutung, dass die Anfechtung auf solche Fälle beschränkt wird, in denen eine gegenüber dem Schuldner wirksame und vollstreckbare Forderung vorliegt, so dass es auf die Wirksamkeit gegenüber Dritten nicht ankommt.[5]) Dagegen ist eine Einrede des Inhalts zulässig, dass Schuldner und Gläubiger den vollstreckbaren Titel, der nicht in einem rechtskräftigen

[1]) Cosack S. 37; Jäckel S. 25 ff.; Jess im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 44; Korn S. 16, 17; Menzel S. 45 und die Kommentare.

[2]) A. M. nur v. Völderndorff Bd. 3 S. 145 Anm. 12.

[3]) Hartmann S. 75; Menzel a. a. O. A. M.: Jess a. a. O.

[4]) Cosack S. 39; Eccius Bd. 1 S. 773; Jäckel S. 21 ff.; Jess im Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 36 ff.; Korn S. 19; Menzel S. 47, 48; Steinbach S. 126; Willenbücher S. 271 Nr. 3c.; v. Wilmowski S. 542; R.-G. (I. H.-S.) 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 188. A. M.: Otto S. 239; v. Völderndorff Bd. 3 S. 144 Anm. 11 und bez. der Simulation Korn S. 18; Eccius, Steinbach, Willenbücher a. a. O.

[5]) Eccius Bd. 1 S. 773 § 114 Anm. 27; Hartmann S. 76; Jäckel S. 23, 24 Anm. 11; R.-G. (I. H.-S.) 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. 7 S. 188. A. M.: Cosack S. 38; Korn S. 20; Menzel S. 46; v. Wilmowski S. 515; O.-L.-G. Dresden 22. Febr. 1887, Wengler, Arch. Bd. 8 S. 328.

Urteile besteht, durch betrügerisches Zusammenwirken geschaffen haben.[1]) Der Anfechtungsgegner kann ferner, obgleich die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht nachgewiesen werden muss (Bem. II. 3 S. 683), doch einredeweise zeigen, dass die Klausel noch nicht erteilt werden dürfe, weil er damit den Mangel der Vollstreckbarkeit nachweist.

2) Hinsichtlich der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung kann der Gegner das Vorhandensein von Vermögen des Schuldners darthun, welches der Vollstreckung unterliegt, und aus welchem der Gläubiger vollständige Befriedigung erlangen kann. Dieser Einwand greift auch dann durch, wenn die in Frage stehenden Gegenstände dem Gläubiger oder dem Gerichtsvollzieher zur Zeit des Vollstreckungsversuches verborgen geblieben waren.[2]) Ebenso gehört hierher der Einwand, dass die Vollstreckung nicht erschöpfend gewesen oder nicht ernstlich versucht worden sei (Bem. III. 1).

3) Bezüglich des Gegenstandes der Rückgewähr steht dem Anfechtungsgegner der Einwand zu, dass er bereits einem andern Gläubiger oder dem K.-V. Rückgewähr geleistet habe. Soweit der Gegner nur für die Bereicherung haftet, darf er auch einwenden, dass weder die fraglichen Gegenstände noch ein Entgelt hiefür in seinem Vermögen seien. Dagegen ist der Beweis der Wertlosigkeit der zurückzugewährenden Gegenstände unerheblich. Auch der Gläubiger braucht aber nicht zu beweisen, dass der Gegenstand der Rückgewähr ihm Befriedigung verschaffe, oder dass auf die in anfechtbarer Weise errichtete Hypothek ein Teil des Erlöses fallen werde, welcher infolge der Anfechtung dem Gläubiger zugute komme.[3])

§ 3.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

 mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

 sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden, und der andere Teil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses

[1]) Eccius Bd. 1 S. 773; Korn S. 20; Menzel S. 49 und die Kommentare; R.-G. (I. H.-S.) 22. Febr. 1882 a. a. O.

[2]) Cosack S. 43, 44; Hartmann S. 82; Kranichfeld S. 18, 19 Nr. 4; Menzel S. 54; Nessel in Gruchot Bd. 28 S. 143; Otto S. 236, Willenbücher S. 272 Nr. 1; R.-G. (II.) 17. Okt. 1884, Gruchot Bd. 29 S. 122 ff.; (VI.) 28. Okt. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 414, 415. A. M.: Jäckel S. 54 ff., 57; v. Völderndorff Bd. 3 S. 149 Anm. 20.

[3]) R.-G. (VI.) 28. Okt. 1886, Jur. Woch. 1886 S. 414, 415; O.-L.-G. München 3. Nov. 1888, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 8 S. 165 ff., bes. S. 168.

eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war;

3. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
4. die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraumes von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsgutes oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

(E. § 3; M. S. 17—19; K.-O. §§ 24—25.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Als Anfechtungsgründe gelten ausserhalb des Kv. im allgemeinen die nämlichen Thatbestände wie bei der Anfechtung durch den K.-V., jedoch mit zwei Abweichungen. Einmal fehlen hier die dem Inhalte des § 23 entsprechenden Thatbestände, weil diese ihrer Natur nach nur für die Anfechtung durch den K.-V. passen. Sodann ist bei Berechnung der Fristen des § 3 Z. 2—4, welche mit denen in § 24 Z. 2 und § 25 übereinstimmen, statt der K.-E. der Zeitpunkt maassgebend, in welchem der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist (Bem. II.). Mit Rücksicht auf die sonstige Übereinstimmung der Thatbestände des § 3 mit denen der §§ 24, 25 K.-O., und da für deren Auslegung dieselben Gesichtspunkte maassgebend sind,[1]) wird zur Erläuterung der einzelnen Anfechtungsgründe auf die Bem. zur K.-O. und die darauf bezüglichen Nachträge verwiesen. Die Rücksicht auf die gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger ist zwar bei der Anfechtung ausserhalb des Kv. nicht maassgebend gewesen (Einl. Bem. II.). Trotzdem kann aber auch hier die Befriedigung insbesondere die Zahlung fälliger Forderungen angefochten werden, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 3 Z. 1 vorliegen. Gläubiger und Schuldner ziehen auch hier nicht immer bloss die dem Rechte entsprechenden Folgerungen aus den gegebenen Verhältnissen. Der Schuldner leistet und der Gläubiger nimmt die Zahlung in solchen Fällen, in welchen die Anfechtung begründet ist, nicht bloss in Ausübung eines Rechtes. Vielmehr kann die Sache so liegen, dass beide zugleich den Zweck verfolgen, andere Personen zu benachteiligen. Wenn der Schuldner weiss, dass andere Gleichberechtigte auf Erfüllung warten und, anstatt den Dingen ihren Lauf zu lassen oder die K.-E. herbeizuführen, sich mit einem einzelnen Gläubiger in Verbindung setzt und diesen befriedigt, damit die andern Gläubiger nichts erhalten, so sind die letztern nicht deshalb benachteiligt, weil der eine Gläubiger wachsamer war oder weil dieser sein Recht rechtzeitig ausgeübt hat, sondern weil die Rechtsausübung durch unlauteres z. B. hinterlistiges,

[1]) R.-G. (II.) 9. Febr. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. 4 S. 353.

heimliches Verhalten ermöglicht worden ist (Bem. I. 5 zu § 24.)[1]) Der Zweck der Anfechtung macht hier wie bei § 24 K.-O. das Vorhandensein einer Benachteiligung zur notwendigen Voraussetzung der Anfechtbarkeit.[2]) Bezüglich der Frage, ob eine objektive Benachteiligung vorliegt, sind hier im allgemeinen dieselben Gesichtspunkte entscheidend, wie bei der Anfechtung durch den K.-V. (Bem. I. 4 zu § 24 K.-O. u. Bem. I. 4 zu § 1 S. 654). Es kommt in dieser Beziehung nur darauf an, ob durch die angefochtene Handlung die Befriedigung des anfechtenden Gläubigers ganz oder teilweise vereitelt wurde, indem Gegenstände, aus denen der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung hätte Befriedigung erlangen können, dem Vermögen des Schuldners entzogen wurden und sich ein Entgelt hiefür nicht vorfindet. Dass der Gläubiger immerhin soviel oder noch mehr erhält, als er bei gleichmässiger Befriedigung aller Gläubiger oder im Kv. empfangen würde, ist gleichgültig. Auf Art. 2093 C. c. kann man sich dem gegenüber nicht berufen. Der Gläubiger hat im allgemeinen ein Recht darauf, sich volle Befriedigung zu verschaffen, insbesondere durch Pfändung oder Arrest ein Pfandrecht zu erwerben.[3])

II. Die Fristen.

Das Anf.-Ges. stellt zwei Arten von Fristen auf, durch welche die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes eingeschränkt wird: eine Frist, innerhalb deren das Anfechtungsrecht aus § 3 Z. 1 ausgeübt sein muss, widrigenfalls es untergeht (§ 12), und Fristen, in deren Grenzen die Handlung vorgenommen sein muss, um anfechtbar zu sein (§ 3 Z. 2—4). In den letzern Fällen ist der Umstand, dass die anzufechtende Handlung innerhalb der in Frage stehenden Zeiträume vorgenommen wurde, ein Thatbestandsmerkmal des Anfechtungsgrundes. Nach § 3 Z. 2—4 sollen die dort bezeichneten Handlungen nur anfechtbar sein, wenn sie im letzten Jahre oder in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches vorgenommen wurden. Sofern die gerichtliche Geltendmachung durch Klagerhebung eintritt, beginnt die Rechtshängigkeit mit der Klagezustellung bezw. mit dem Vortrage in mündlicher Verhandlung (§§ 235, 254 C.-P.-O.); es muss also nachgewiesen werden, dass die Rechtshandlung nicht früher als ein bezw. zwei Jahre, von diesem Tage zurückgerechnet, erfolgte.[4]) Vom Tage der Klagezustellung ist auch dann auszugehen, wenn die Zustellung nicht in gehöriger Weise geschehen war, der Beklagte aber sich ohne Rüge dieses Mangels auf die Klage eingelassen hatte (§§ 85, 267 C.-P.-O.).[5]) Wurde der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede oder Replik geltend gemacht, so fehlt der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Sinne der C.-P.-O., weil hiernach Einreden und Repliken eine besondere Rechtshängigkeit überhaupt nicht begründen (Petersen zu § 235 C.-P.-O. Bem. I. 1.). Würde man den Begriff „Rechtshängigkeit" hier streng im Sinne der C.-P.-O. auffassen, so würde für diese Fälle die Möglichkeit der Fristberechnung ganz fehlen. Man käme entweder zu dem Ergebnisse, dass die Anfechtungsgründe der Z. 2—4 im Wege der Einrede und Replik gar nicht verfolgt werden können, was unvereinbar mit § 5 ist, der das Streben erkennen lässt, die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung zu erweitern, nicht zu beschränken; oder man müsste annehmen, dass diese Anfechtungsgründe mittels Einrede und Replik zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden dürfen, womit in das Gesetz ein fühlbarer Widerspruch hineingetragen würde, da

[1]) Vgl. noch Jäckel S. 72 ff.; R.-G. (III.) 27. März 1888, (II.) 1. Febr. 1889, (VI.) 15. Mai 1891, Entsch. Bd. 20 S. 180, Bd. 23 S. 9, Bd. 27 S. 133, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 14 S. 289 ff. A. M.: O.-L.-G. Dresden 4. Apr. 1891, sächs. Arch. Bd. 1 S. 393 ff.

[2]) R.-G. (VI.) 14. Apr. 1890, 15. Juni u. 8. Okt. 1891, Jur. Woch. S. 511; O.-L.-G. Dresden, 23. Mai 1890, Wengler, Arch. N. F. Bd. 11 S. 524.

[3]) R.-G. (II.) 1. Nov. 1889 Jur. Woch. S. 461, 462.

[4]) R.-G. (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. 9 S. 66 ff.; bayer. ob. Landesger. 7. Dez. 1886, Samml. Bd. 11 S. 525.

[5]) R.-G. (III.) 20. April 1883 a. a. O., bes. S. 69.

derselbe Anfechtungsgrund bald zeitlich beschränkt, bald ohne diese Beschränkung geltend gemacht werden könnte. Da ebensowenig angenommen werden kann, dass die Fristen durch Einrede bezw. Replik nicht gewahrt werden können, als dass bei einer derartigen Geltendmachung die zeitliche Beschränkung wegfällt, muss hier dem Begriffe der Rechtshängigkeit eine weitere Bedeutung als diejenige gegeben werden, welche er nach der C.-P.-O. hat. Dafür sprechen auch die Mot., in welchen (S. 19) bemerkt wurde, dass die erwähnte Zeitbestimmung dem bayer. und württ. Entwurfe sowie dem pr. Ges. v. 9. Mai 1855 entspreche. In dem letztern Gesetze wurde die Frist vom Tage der Anbringung der Klage oder der Einrede berechnet und im bayer. Entwurfe (Art. 35, 36) war der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes als maassgebend bezeichnet. Hieraus ergiebt sich, dass für den Fall der schriftlichen Klage der Tag der Zustellung entscheidend bleibt, weil an diesen alle sonstigen Wirkungen der gerichtlichen Geltendmachung geknüpft sind (§§ 235 ff. C.-P.-O.), während in allen andern Fällen der Tag des Vortrages in der mündlichen Verhandlung maassgebend ist.[1]) Wegen der Fristberechnung vgl. Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. Da die Wahrung der Fristen des § 3 Z. 2—4 hiernach einen Teil der materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruches bildet, die Fristen folglich nicht Prozessfristen sind, so ist gegen ihren Ablauf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zulässig.[2]) Wenn die Klage zurückgenommen wurde, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit; die Klage wird als nicht anhängig angesehen (§ 243 Abs. 3 C.-P.-O.). Will der Kläger später mit einer neuen Klage dieselbe Rechtshandlung nochmals anfechten, so ist hiernach keine Rücksicht darauf zu nehmen, dass zur Zeit der ersten Klagerhebung die Rechtshandlung innerhalb der Frist lag; vielmehr ist zu prüfen, ob, vom Zeitpunkte der zuletzt eingetretenen Rechtshängigkeit zurückgerechnet, die Fristen nicht überschritten sind.[3])

§ 4.

Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im § 3 Z. 2—4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntnis gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.

(E. § 4; M. S. 20, 21.)

[1]) Cosack S. 100; Hartmann S. 140 ff.; Jäckel S. 159, 160 Anm. 8; Kranichfeld S. 274 Nr. 15; v. Wilmowski S. 546 Nr. 2; R.-G. (V.) 21. April 1888, Jur. Woch. 1888 S. 219, 220, Gruchot Bd. 32 S. 1164; (VI.) 12. März 1891, R.-Anz., bes. Beil. S. 254 ff., bes. S. 257, 258 u. Frankf. Rundschau 1891 S. 185; O.-L.-G. Hamburg 15. April 1882, Hans. Gerichtsz. 1882 (Beibl.) S. 79. A. M.: Fischer, Lehrb. des preuss. Privatr. S. 769; Menzel S. 107, 108; welche den Begriff „Rechtshängigkeit" streng im Sinne der C.-P.-O. auslegen. v. Völderndorff Bd. 3 S. 155 will die Frist nach dem Zeitpunkte der Erhebung jener Klage berechnet wissen, gegen welche einredeweise das Anfechtungsrecht ausgeübt wird; die Rechtshängigkeit dieser Klage begründet aber nicht Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches.

[2]) R.-G. (III.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. 17 S. 70.

[3]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 155, 156.

I. Zweck und Voraussetzungen der Fristerstreckung.

Nach dem durch §§ 2 u. 3 geschaffenen Rechtszustande kann die in § 3 Z. 2—4 vorgesehene Frist von einem Jahre bezw. von zwei Jahren seit Vornahme der Rechtshandlung verstreichen, ehe die Forderung des Gläubigers fällig geworden ist, oder der Gläubiger für seine Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangen konnte. Um einer hieraus entspringenden Beschränkung des Anfechtungsrechtes vorzubeugen, ermöglicht das Gesetz eine Verlängerung der in § 3 Z. 2—4 vorgesehenen Frist unter folgenden Voraussetzungen, deren richterliche Feststellung jedoch erst im spätern Prozesse über die Anfechtung selbst erfolgt:

1) Es muss bereits eine, wenn auch nur bedingte oder befristete, Forderung zugunsten dessen bestehen, der den Anfechtungswillen hat;

2) die Fristerstreckung wird dem Gläubiger gewährt, dessen Forderung entweder fällig aber nicht vollstreckbar, oder vollstreckbar aber noch nicht fällig, oder weder fällig noch vollstreckbar ist;

3) seitens des Schuldners muss eine anfechtbare Handlung bereits zu der Zeit vorgenommen sein, wo der Gläubiger die Fristerstreckung herbeiführen will;

4) der Schuldner muss sich schon zu dieser Zeit in demjenigen Vermögenszustande befinden, den die Anfechtung voraussetzt;

5) die Voraussetzungen für die Erhebung des Anfechtungsanspruchs dürfen zur Zeit der Zustellung der nach § 4 zulässigen Mitteilung noch nicht erfüllt sein.[1])

Das Gesetz knüpft die Fristerstreckung an die Bedingung, dass „schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war". Im Entw. standen die dem § 2 mehr entsprechenden Worte „sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zur Befriedigung seiner Gläubiger unfähig war"; erst die Reichstagskommission setzte an diese Stelle den Ausdruck „zahlungsunfähig", ohne dass sich feststellen lässt, ob sie von der oben (Bem. III. 3 zu § 2) als unzutreffend bezeichneten Ansicht ausging, dass dieser Ausdruck der in § 2 vorausgesetzten Vermögenslage entspreche, oder ob sie hier eine von § 2 abweichende Voraussetzung aufstellen wollte. Aus dem Beisatze „schon zu dieser Zeit" ergiebt sich jedoch, dass mit den nachfolgenden Worten lediglich das Vorhandensein desjenigen Zustandes verlangt wird, der — abgesehen von § 4 — zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes gegeben sein muss. Es ist hiernach ebenso wie bei § 3 anzunehmen, dass das Anf.-Ges. den technischen Ausdruck eines andern Gesetzes in ungenauer Weise gebraucht hat.[2]) Demnach muss im spätern Prozesse nachgewiesen werden, dass schon zur Zeit der aussergerichtlichen Mitteilung die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben würde; die andere Möglichkeit des § 2 kommt hier nicht in Betracht, weil bezüglich der hier fraglichen Forderungen eine Vollstreckung nicht zulässig ist.

II. Form und Inhalt der Mitteilung.

1) Das Recht zur Fristerstreckung wird ausgeübt durch Zustellung eines Schriftsatzes an denjenigen, gegenüber welchem die anzufechtende Rechtshandlung vorgenommen wurde, oder an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben werden soll (§ 11 Abs. 3, Bem. 2 zu § 11). Dieser Schriftsatz bedarf keiner besondern Form insbesondere nicht der Unterschrift eines Anwaltes. Auch für die Zustellung und deren Nachweis ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben; da es sich um eine Zustel-

[1]) R.-G. (VI.) 12. März 1891; R.-Anz., bes. Beil. S. 258.

[2]) Hartmann Bem. 2 Abs. 3 zu § 4; v. Wilmowski S. 547 Nr. 1 c; R.-G. (VI.) 25. Nov. 1886 u. 9. Juni 1887, Bolze Bd. 3 Nr. 377, Bd. 4 Nr. 377, Jur. Woch. 1887 S. 3, 4, 328, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 180. A. M. Cosack S. 102; Korn S. 3; Otto S. 233.

lung ausserhalb des Prozesses handelt und die Ausdrücke „Rechtshängigkeit“ und „Zahlungsunfähigkeit“ nicht im Sinne der C.-P.-O. bezw. K.-O. gebraucht sind, kann noch viel weniger angenommen werden, dass der unbestimmte Ausdruck „Zustellung“ gerade die technische Bedeutung der civilprozessualen Zustellung haben soll.[1]) Der Gläubiger wird übrigens wohl daran thun, die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher vornehmen zu lassen, weil auf diesem Wege der Nachweis am besten gesichert wird. § 152 Abs. 2 C.-P.-O., der den Gerichtsschreiber verpflichtet, die Beauftragung eines Gerichtsvollziehers zu vermitteln, trifft hier keinesfalls zu, weil die Zustellung weder in einem anhängigen Prozesse erfolgt, noch die Rechtshängigkeit herbeizuführen bestimmt ist.[2]) Das Landesrecht kann eine bestimmte Form, z. B. die Zustellung durch Gerichtsvollzieher oder Notar, ausdrücklich zulassen aber nicht unbedingt vorschreiben, weil das Reichsges. dem Gläubiger die Wahl lässt.[3])

2) Der Inhalt des Schriftsatzes besteht in der Erklärung, dass der Gläubiger die Absicht habe, eine nach Zeit, Ort und Gegenstand bestimmte Rechtshandlung des Schuldners anzufechten; die Erklärung muss so genau sein, dass zunächst der Schuldner und später der Richter erkennen kann, von welchem Gläubiger sie ausgeht, welche Forderung sie betrifft[4]) und wegen welcher Handlung sie erfolgt. Dagegen ist nicht notwendig die Angabe des Gesetzes bezw. die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes.[5]) Für eine andere Handlung als die in der Erklärung bezeichnete wird die Frist nicht erstreckt; ebenso kann die Zustellung auch nur zugunsten der bezeichneten Forderung wirken. Wenn diese untergeht oder vom Gläubiger veräussert wird, kann der Gläubiger aus der Mitteilung hiernach keine Rechte zugunsten einer Forderung ableiten, welche er erst später erworben hat. Anderenfalls wäre die Voraussetzung zwecklos, dass der anfechtende Gläubiger schon zur Zeit der Mitteilung eine Forderung gehabt haben muss. Die Mitteilung wirkt aber auch nicht zugunsten einer andern Forderung, welche dem Gläubiger damals schon zustand, weil das Anfechtungsrecht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zur Forderung steht (Bem. II. 1 zu § 1), folglich die Anfechtbarkeit gegenüber jeder Forderung des Gläubigers besonders geprüft werden muss.[6])

III. Die Wirkung der Zustellung.

Wenn die Zustellung unter den angegebenen Voraussetzungen erfolgt ist, muss der Richter bei Berechnung der Fristen des § 3 Z. 2—4 von dem Tage der Zustellung ausgehen anstatt vom Tage der „Rechtshängigkeit“, sofern nur die letztere binnen zwei Jahren, vom Tage der Zustellung jener Erklärung ab gerechnet, eingetreten ist. Auch hier bezeichnet „Rechtshängigkeit“ die Thatsache der gerichtlichen Geltendmachung, sei es durch Klage, sei es durch Einrede oder Replik (Bem. II. zu § 3).[7]) Wenn der Gläubiger den Anfechtungsanspruch binnen 2 Jahren nach jener Zustellung gerichtlich geltend macht, so wird er ebenso behandelt, als sei schon durch die gemäss § 4 erfolgte Zustellung die Rechtshängigkeit begründet worden. Diese Wirkung ist nicht dadurch bedingt, dass die Zustellung zu dem ausgesprochenen Zwecke erfolgt, die Fristverlängerung herbeizuführen.

[1]) Cosack S. 103; v. Wilmowski S. 548. A. M. Dernburg Bd. 2 S. 350; Hartmann S. 170; Jäckel S. 165; Otto S. 234; Scherer, rhein. R. Bd. 1. S. 301; v. Völderndorff Bd. 3. S. 163.

[2]) Jäckel S. 165 Anm. 21; v. Völderndorff Bd. 3 S. 163; Willenbücher S. 274 Nr. 3; v. Wilmowski S. 548; A. M. Otto S. 234.

[3]) Cosack S. 103. A. M. Willenbücher S. 274 Nr. 3.

[4]) Hartmann S. 169; Jäckel S. 163, 164; Steinbach S. 130, 131; v. Völderndorff Bd. 3. S. 163; v. Wilmowski S. 547. A. M. Cosack S. 102; Krasnopolski S. 126; Menzel S. 113.

[5]) v. Wilmowski S. 547; A. M. Kranichfeld S. 36 Nr. 4.

[6]) Hartmann S. 144; Steinbach S. 131.

[7]) R.-G. (V.) 21. April 1888, (VI.) 12. Nov. und (II.) 19. Juni 1891, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 139, 140; Jur. Woch. 1891 S. 393 u. 572; Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 433 ff.

Auch einer (zugestellten, aber nachträglich zurückgezogenen oder abgewiesenen) Anfechtungsklage muss vielmehr, sofern sie die in § 4 vorgesehene Erklärung enthält, die nämliche Wirkung zukommen; § 243 C.-P.-O. kommt hier nicht zur Anwendung, weil er sich bloss auf die Beseitigung der Rechtshängigkeit bezieht.[1]) Der Vorteil der Fristverlängerung kommt auch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers zu gute.[2]) Der K.-V. des Schuldners kann dagegen aus der Mitteilung des Gläubigers keinerlei Rechtsfolgen zugunsten seiner Anfechtungsklage ableiten, weil er nicht als Rechtsnachfolger des Gläubigers klagt. Übrigens kann die Zustellung des Schriftsatzes hinsichtlich der Einhaltung der Frist wohl als Ersatz für die gerichtliche Geltendmachung dienen, weil in beiden Fällen eine Parteihandlung vorliegt, nicht aber als Ersatz für die richterliche Handlung der K.-E., welche den Ausgangspunkt bei Berechnung der Fristen nach §§ 24, 25 K.-O. bildet.[3]) Wegen der Wirkungen für den Rechtsnachfolger desjenigen, an den die Zustellung erfolgte, vgl. Bem. 2 zu § 11.

Die in § 4 vorgesehene zweijährige Frist ist nicht eine Verjährung. Sie ist aber auch nicht eine prozessuale sondern eine civilrechtliche Ausschlussfrist; für ihre B e r e c h n u n g gelten daher die nämlichen Grundsätze wie bei § 3. Dasselbe gilt hinsichtlich der Unzulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Bem. II. zu § 3).[4])

§ 5.

Die Erhebung des Anfechtungsanspruches im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.

(E. —; M. —; Komm. E. § 4a.).

1) Die Reichstagskommission hat diesen § eingeschaltet, um die Anfechtung im Wege der Einrede zugunsten der Verminderung von Prozessen zu erleichtern. Der wichtigste Anwendungsfall ist der, dass gegenüber dem Gläubiger nach Vollzug eines Arrestes gemäss § 690 C.-P.-O. mit der Widerspruchsklage die Freigebung einer mit Arrest belegten Sache verlangt wird und er diesem Angriffe mit der Anfechtung derjenigen Verfügung entgegentritt, auf welche der Kläger seine bessern Rechte stützen will. In diesem Falle hat der Gläubiger noch keinen vollstreckbaren Titel; die unbedingte Abweisung der Einrede würde ihn aber nicht nur später zu einem neuen Prozesse nötigen sondern ihm auch die Rechtsverfolgung möglicherweise erschweren, falls der frühere Erwerber die Sache weiter veräussert hat. Die Vorschrift passt übrigens auch auf jeden andern Fall, in welchem dem Gläubiger ein Gegenstand entwährt werden soll, der in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Schuldners gekommen ist.

2) Der Gläubiger braucht hiernach, um durch die Einrede der Anfechtbarkeit seine Verurteilung abzuwenden, zunächst einen v o l l s t r e c k b a r e n T i t e l, also auch den B e s t a n d seiner Forderung nicht sofort nachzuweisen[5]) und ebensowenig deren F ä l l i g k e i t darzuthun.[6])

[1]) Cosack S. 102, 103; Hartmann S. 170; Jäckel S. 164. A. M. v. Völderndorff Bd. 3 S. 164.

[2]) Hartmann S. 166; Jäckel S. 168; Krasnopolski S. 128; Menzel S. 114; Steinbach S. 131.

[3]) A. M. Krasnopolski S. 128 Anm. 2.

[4]) A. M. v. Völderndorff Bd. 3 S. 162 Anm. 7.

[5]) Hartmann S. 172; Jäckel S. 30; Meischeider in Gruchot Bd. 26 S. 468; v. Völderndorff Bd. 3 S. 165 Anm. 2; v. Wilmowski S. 549.

[6]) Jäckel S. 30; Steinbach S. 132; v. Völderndorff Bd. 3. S. 165. A. M. Cosack S. 37; Menzel S. 11; v. Wilmowski S. 549.

In dieser Beziehung nimmt er vielmehr die nämliche Stellung ein wie im Prozesse über eine Anfechtungsklage; es ist abzuwarten, bis der vollstreckbare Titel vorliegt, welcher den Streit über den Bestand der Forderung selbst beseitigt (Bem. IV. 1 zu § 2) und regelmässig auch die Fälligkeit klarstellt. Der Beklagte braucht deshalb nur zu behaupten, dass er Gläubiger einer fälligen, zur Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners geeigneten Forderung sei, und den Anfechtungsgrund näher zu bezeichnen, damit der Richter sofort prüfen kann, ob die Anfechtung nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Aus demselben Grunde muss der Gläubiger sofort den Beweis der auf seite des Schuldners erforderlichen Voraussetzung antreten. Erkennt der Richter nun, dass die Forderung nicht geeignet sei, die Befugnis zur Anfechtung zu begründen, oder dass die behaupteten Thatsachen einen Anfechtungsgrund nicht abgeben, oder misslingt der Beweis über den Zustand des schuldnerischen Vermögens, so ist die Einrede nicht weiter zu berücksichtigen.[1] Gelingt der erwähnte Beweis und erhellt aus den Behauptungen des Gläubigers nicht die Unzulässigkeit der Anfechtung, so hat das Gericht eine für die Erlangung des vollstreckbaren Titels ausreichende Frist zu bestimmen, bis zu deren Ablauf die Entscheidung über die Klage auszusetzen ist. Vor Ablauf dieser Frist darf es weder ein unbedingtes noch ein bedingtes Endurteil in der Hauptsache erlassen. Dagegen ist die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nicht gehemmt. Würde sich nachträglich herausstellen, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt, so dürfte die Abweisung des Klägers durch Urteil schon vor Ablauf der Frist erfolgen, weil es dann auf die Anfechtungseinrede in diesem Prozesse nicht mehr ankommt. Aus demselben Grunde ist auch ein Endurteil zulässig, welches die Klage gegen den anfechtenden Gläubiger wegen materieller Mängel abweist. Der Richter ist hiernach nur gehindert, vor Ablauf der Frist ein den anfechtenden Gläubiger verurteilendes Endurteil zu erlassen. Dies gilt selbst dann, wenn dieser letztere in einer während des Laufes der Frist stattfindenden Verhandlung säumig wird. Die richterliche Frist ist als eine prozessuale nach §§ 198 ff. C.-P.-O. zu berechnen. Wenn der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Einrede einen nur vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbaren Titel hat, so ist nicht abzuwarten, ob das Urteil in Rechtskraft erwächst oder der Vorbehalt gegenstandslos wird; vielmehr ist über die Anfechtbarkeitseinrede sofort zu verhandeln und, wenn deren Voraussetzungen bewiesen werden, die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen.[2]

3) Wird innerhalb der Frist der vollstreckbare Titel beigebracht, so beweist er ebenso wie bei der klageweisen Verfolgung des Anfechtungsrechtes die Forderung des Anfechtenden. Es genügt, dass diese jetzt fällig ist, auch wenn sie es zur Zeit des Vorbringens der Einrede noch nicht war; für diese Auslegung spricht auch der Zweck des § 5, die Prozesse zu vermindern.[3] Weiter ist aber dann noch über den Anfechtungsgrund zu verhandeln. Wird innerhalb der Frist der vollstreckbare Titel nicht beigebracht, so können sowohl die Parteien als der Richter die Frist verlängern (§§ 202, 203 C.-P.-O.). Erfolgt jedoch die Verlängerung nicht, so wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung das Endurteil ohne Berücksichtigung der Einrede erlassen. In den Urteilsgründen ist dann auszuführen, dass die Befugnis zur Anfechtung nicht dargethan worden ist. Die Anfechtungsmöglichkeit ist aber damit nur für diesen Prozess verloren; der Gläubiger kann in einem andern Prozesse den nämlichen Anfechtungsgrund gegen dieselbe Person klage- oder einredeweise mit Erfolg vorbringen; über die Anfechtbarkeit ist bei dieser Sachlage überhaupt nicht entschieden.

4) Der Gläubiger hat auf Anwendung des § 5 auch dann ein Recht, wenn er die Einrede erst in der Berufungsinstanz vorbringt (§ 491 C.-P.-O.). Ist die in erster In-

[1]) v. Wilmowski S. 549. A. M. v. Völderndorff Bd. 3 S. 165.

[2]) Cosack S. 36 Anm. 7; Jäckel S. 31 Anm. 24.

[3]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 165. A. M. Kranichfeld S. 38 Nr. 7; v. Wilmowski S. 549.

stanz gesetzte Frist versäumt, so darf er die schon in erster Instanz vorgebrachte Einrede aber auch wiederholt in der Berufungsinstanz vorschützen. Diese Befugnis ergiebt sich gleichfalls aus dem Rechte, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen.[1]) Auch in Ansehung dieser in der Berufungsinstanz wiederholten Einrede, welche ebenso zu behandeln ist, wie wenn sie hier zum erstenmale vorgebracht worden wäre, gilt sonach § 5; doch wird das Gericht in diesem Falle wohl nur eine kurze Frist bestimmen. Wurde die Einrede der Anfechtung infolge der Versäumung der Frist durch Zwischenurteil zurückgewiesen, so kann der Beklagte sie in der nämlichen Instanz auch dann nicht wiederholen, wenn er nachträglich einen vollstreckbaren Titel erlangt. Es steht ihm dann das für die Instanz bindende Zwischenurteil entgegen (§ 289 C.-P.-O.). Ist ein solches Urteil nicht ergangen, so kann dagegen die Anfechtung dann durch Einrede geltend gemacht werden, wenn der Beklagte inzwischen eine vollstreckbare Urkunde erlangt hat. Durch Versäumung der Frist hat der Beklagte nur das Recht verloren, die Einrede ohne vollstreckbaren Titel vorzubringen, nicht aber die von § 5 unabhängige Einredebefugnis. Die §§ 321, 329 Abs. 3 der C.-P.-O. können hier allerdings nicht entsprechend angewendet werden, weil dort nur von Beweismitteln die Rede ist. Der Kläger kann aber nicht auf Grund der §§ 208, 209 C.-P.-O. die Zurückweisung der Einrede beantragen, weil der Beklagte diese nun nicht mehr auf § 5, d. h. auf die darin vorgesehene Ausnahmebefugnis, sondern auf § 251 Abs. 1 C.-P.-O. stützt.[2]) Nur die wiederholte Gewährung einer Frist innerhalb derselben Instanz ist durch die §§ 208, 209 solange ausgeschlossen, als nicht der Gegner in die Verzögerung, welche durch wiederholte Anwendung des § 5 entsteht, einwilligt.

5) Die Bestimmung ist nur auf Einreden anwendbar.[3]) Doch kann nichts darauf ankommen, ob der Gläubiger die Anfechtbarkeit unmittelbar als Antwort auf die Klagebehauptung, als Einrede im formalen Sinne, vorschützt, oder ob er sie als Duplik nach der Replik des Klägers u. s. w. vorbringt. Die Zeit bezw. Reihenfolge des Vorbringens ist nach der C.-P.-O. nicht maassgebend. Wenn der Beklagte sich gegen die Klage durch Anfechtung einer ihm entgegengehaltenen Rechtshandlung verteidigt, macht er den Anfechtungsanspruch immer im Sinne des § 5 durch Einrede geltend. Auch wenn der Gläubiger als Kläger von dem Anfechtungsrechte Gebrauch macht, um ein Verteidigungsmittel des Beklagten zu entkräften, muss § 5 Anwendung finden, da der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft. Auf den vollstreckbaren Titel soll es da nicht ankommen, wo der Anfechtungsanspruch nicht durch Klage geltend gemacht sondern nur dazu benutzt wird, die Unwirksamkeit einer vom Prozessgegner entgegengehaltenen Rechtshandlung verteidigungsweise geltend zu machen. Dieser Gesichtspunkt trifft aber auch bei der Replik zu.[4]) Anders liegt die Sache bei der Widerklage, welche hier ebenso behandelt werden muss wie die gewöhnliche Klage. Wenn der Gläubiger die Anfechtung verteidigungsweise geltend macht, ohne zur Zeit einen vollstreckbaren Titel zu haben, so muss er sich auf die Einrede und auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit beschränken, und darf nicht mittels Klage Rückgewähr verlangen, ehe er einen vollstreckbaren Titel hat. Übrigens kann er nach Erlangung des vollstreckbaren Titels noch in der nach Ablauf der Frist stattfindenden Verhandlung seine Einrede in eine Widerklage verwandeln, um eine urteilsmässige Entscheidung zu erlangen.[5])

[1]) A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 167.

[2]) Hartmann S. 174; Jäckel S. 29 Anm. 20 wegen §§ 321, 329 C.-P.-O.; v. Wilmowski S. 549.

[3]) R.-G. (VI.) 29. Dez. 1888, Bolze Bd. 7 Nr. 940.

[4]) Cosack S. 36; Hartmann S. 172; Menzel S. 44; v. Völderndorff Bd. 3 S. 165; R.-G. (II.) 9. Jan. und 19. Juni 1891, Entsch. Bd. 27 S. 94 ff., bes. S. 98, Jur. Woch. S. 393; (VI.) 12. Nov. 1891, Gruchot Bd. 36 S. 466 Nr. 2. A. M.: Jäckel S. 29, 30; Korn S. 11.

[5]) A. M.: nur v. Völderndorff Bd. 3 S. 165.

§ 6.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

(E. § 5; M. S. 21; K.-O. § 28.)

Diese Bestimmung entspricht wörtlich dem § 28 K.-O.; vgl. daher die Bem. zu diesem § nebst Nachtrag. § 6 hat jedoch ein engeres Anwendungsgebiet als § 28 K.-O., weil für die Anfechtung ausserhalb des Kv. die Gründe des § 23 K.-O. wegfallen. Wenn die Rechtshandlung selbst, für deren Wirkungen der vollstreckbare Schuldtitel erlangt wurde, nicht anfechtbar ist, so unterliegt übrigens auch der Schuldtitel und das auf Grund desselben erlangte Pfändungspfandrecht der Anfechtung nicht.[1]) Dass ausserhalb des Kv. nur Rechtshandlungen eines Schuldners anfechtbar sind, begründet einen Unterschied nicht, weil auch die während des Verfahrens erfolgende Anfechtung durch den K.-V. sich nicht gegen den staatlichen Vollstreckungsakt sondern gegen die Rechtshandlung des Schuldners richtet (Bem. I. 2 zu § 24, Bem. 1 zu § 28.[2])

§ 7.

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

(E. § 6; M. S. 21, 22; K.-O. § 30.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Hinsichtlich der Wirkungen der Anfechtung vgl. Bem. III. 2 u. 3 zu § 22 K.-O. Auch zufolge der Anfechtung ausserhalb des Kv. kann Dritten gegenüber Unwirksamkeit eintreten. Der Umfang der Rückgewähr wird unter Ausschluss des Landesrechts (Bem. 2 zu § 30 K.-O S. 159 u. 160 Anm. 1 u. Nachtrag) durch das Reichsgesetz bestimmt und zwar war hierbei der Zweck der Anfechtung maassgebend. Während der K.-V. durch Ausübung des Anfechtungsrechtes die Aufhebung der Benachteiligung zugunsten aller Gläubiger anstrebt und deshalb unbedingte Rückgewähr dessen verlangen darf, was infolge der anfechtbaren Handlung aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist (Bem. 2 u. 3 zu § 30), soll durch die Anfechtung ausserhalb des Kv. lediglich die Aufhebung der Benachteiligung zugunsten des einzelnen anfechtenden Gläubigers erzielt werden. Daraus ergiebt sich aber eine zweifache Grenze für den Umfang der Rückgewähr. Der Anfechtungsgegner muss einerseits, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist, oder die Bereicherung zurückgewähren; er braucht aber andererseits nie mehr herauszugeben, als zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers notwendig

[1]) O.-L.-G. Dresden 4. April 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 393 ff.

[2]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 174, 175. A. M.: v. Wilmowski S. 549, 550.

ist. Die hinter einer angefochtenen Hypothek eingetragenen Hypothekgläubiger können hiernach aus der Anfechtung durch den im Vorrang stehenden Gläubiger keinen Vorteil ziehen (Bem. III. 3 zu § 22 S. 107 Anm. 2.)[1]) Auch die Art der Rückgewähr wird durch den Zweck der Anfechtung beeinflusst. Weil es sich nur um die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers handelt, erfolgt die Rückgewähr nicht in das Vermögen des Schuldners, sondern in der Weise, dass der Gegner die Zwangsvollstreckung so gestatten muss, als ob das aus dem Vermögen des Schuldners Veräusserte nie aus diesem herausgekommen wäre.[2]) Aber der Empfänger der anfechtbaren Leistung kann den anfechtenden Gläubiger nicht zwingen, sofort zur Zwangsvollstreckung in die anfechtbarer Weise veräusserten Vermögensgegenstände zu schreiten, oder deren freiwillige Veräusserung zu gestatten. Hierzu ist er selbst dann nicht befugt, wenn er Anspruch darauf hat, aus dem Erlöse für gemachte Aufwendungen befriedigt zu werden.[3]) Auch nach dem Anf.-Ges. ist der Anfechtungsbeklagte nicht als unredlicher Besitzer zu behandeln (Bem. 2 zu § 30 K.-O. S. 159).[4])

2) Dem einzelnen Gläubiger gegenüber kann ein Vertrag auch nur teilweise anfechtbar sein; die Rechtshandlung kann nämlich ausserhalb des Kv. nur soweit angefochten werden, als sich eine Schmälerung der Befriedigung des einzelnen Gläubigers nachweisen lässt. Wenn der Schuldner Gegenstände oder Forderungen veräussert hat, von denen ein Teil schon so sehr mit Pfandrechten belastet war, dass der anfechtende Gläubiger hieraus keine Befriedigung mehr erlangt hätte, so ist er hiernach durch die Veräusserung dieser Sachen nicht benachteiligt und kann nur hinsichtlich der übrigen Rückgewähr verlangen.[5]) Wird dagegen ein Erbteilungsvertrag angefochten, so genügt es für die Anfechtbarkeit des ganzen Vertrages, dass er auch nur in einem Teile eine Benachteiligung des Gläubigers enthält, denn hier handelt es sich nicht um die Rückgewähr einzelner Gegenstände, sondern darum, durch die Anfechtung eine andere Feststellung des Erbteiles des Schuldners durchzusetzen.[6])

II. Einzelne Fälle der Rückgewähr.

Im einzelnen gestaltet sich die Rückgewähr je nach Inhalt der Rechtshandlung und Art des zurückzugewährenden Gegenstandes verschieden, wobei auch das Landesrecht von Einfluss sein kann.[7])

1) Hatte der Schuldner in anfechtbarer Weise bewegliche oder unbewegliche körperliche Sachen veräussert und sind diese noch im Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden, so wird letzterer verurteilt, die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände zu dulden, welche demnach, einschliesslich des Zuwachses und der Früchte, zum Zwecke der Rückgewähr der Pfändung, Wegnahme und Beschlagnahme unterliegen. Der Anfechtungsgegner hat hier wie bei der Anfechtung durch den K.-V. die in der Zwischenzeit auf die Sache gelegten Lasten zu beseitigen oder Ersatz zu leisten (vgl. oben S. 160, 162). Andererseits muss sich der anfechtende Gläubiger solche Wertserhöhungen abrechnen lassen, welche der Gegner aus seinen oder fremden Mitteln erzielt hat (Bem. 2 zu §§ 31 ff.).[8])

[1]) R.-G. (VI.) 7. Okt. 1889, R.-Anz. 1890, Beil. S. 26; (III.) 11. März 1892, Jur. Woch. S. 227.

[2]) Cosack S. 266; Eccius Bd. 1 § 114 Anm. 57; Jäckel S. 177, 180; Menzel S. 262; Otto S. 241, 242 und die Kommentare. R.-G. (II.) 12 Juni 1883, Jur. Woch. 1883 S. 196; (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. 9 S. 71 ff.; (V.) 29. Jan. 1884, Jur. Woch. 1884 S. 89; (III.) 13. April 1888, Bolze Bd. 5. Nr. 342 b.; O.-L.-G. Colmar 13. April 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 17 S. 59.

[3]) O.-L.-G. Colmar 13. April 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 17 S. 59 ff.

[4]) R.-G. (VI.) 16. März 1891, Gruchot Bd. 36 S. 177.

[5]) R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Entsch. Bd. 21 S. 95 ff.; bes. S. 99, 100.

[6]) R.-G. (II.) 13. Juli 1888, Jur. Woch. 1888 S. 384 und Puchelts Z. Bd. 19 S. 619 ff.

[7]) R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Bolze Bd. 1. Nr. 558.

[8]) Cosack S. 260. 295; Menzel S. 264; Otto S. 243; Steinbach S. 138; v. Völderndorff Bd. 3 S. 181; Willenbücher S. 277 Nr. 1; v. Wilmowski S. 553; A. M.: Hartmann S. 198 ff.; Jäckel S. 184; Krasnopolski S. 142; Amtsger. Kitzingen 8. Juni 1881, Buschs Z. Bd. 7. S. 561.

Hatte der Beklagte eine neue Hypothek zu dem Zwecke errichtet, um dadurch die Mittel zur Bestreitung von nützlichen Verwendungen in das anfechtbarerweise erworbene Grundstück zu gewinnen, und wurden diese Verwendungen wirklich gemacht, so hat der anfechtende Gläubiger kein Recht darauf, dass das Grundstück mit dieser Wertserhöhung zu seiner Befriedigung diene. Insbesondere hat er, soweit die Wertserhöhung reicht, keinen Anspruch auf Einräumung des Vorranges vor der neuen Hypothek.[1]) Wenn nur das Abkommen über die Verzinsung eines ursprünglich unverzinslich gegebenen Darlehens angefochten wurde, so kann der Anfechtungskläger nur aus dem Betrage der in anfechtbarer Weise bezahlten Zinsen Befriedigung verlangen. Ist das Recht, die Zinsen aus einem bestimmten Kapital auf Lebenszeit zu beziehen, in anfechtbarer Weise veräussert worden, so erfolgt die Rückgewähr ausserhalb des Kv. dadurch, dass der anfechtende Gläubiger aus den Zinsen befriedigt wird; auf sofortige Befriedigung seiner ganzen Forderung aus dem die Zinsen abwerfenden Kapital hat dieser keinen Anspruch.[2])

2) Sind die weggegebenen Gegenstände nicht mehr im Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden, so hat er wie gegenüber dem K.-V. Ersatz in Geld zu leisten (Bem. 2 zu § 30 Anm. 1).[3]) Hat der Gemeinschuldner an mehrere Personen, welche gemeinschaftlich als Käufer auftraten, eine Anzahl von beweglichen Sachen veräussert, welche nicht mehr in Natur vorhanden sind, so ist hinsichtlich des Umfanges der Rückgewähr der einzelnen Käufer das Verhältnis maassgebend, in welchem jeder von ihnen dem Gemeinschuldner gegenüber an dem Rechtsgeschäfte beteiligt ist. Auch kann der Anfechtungsgegner unmittelbar zur Zahlung der entsprechenden Summe an den Gläubiger verurteilt werden, weil die Auflage, das Geld zur Pfändung bereit zu halten, und die Pfändung selbst unnötige Kosten verursachen würde, falls der Gegner zahlen kann. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Geldentschädigung an die Stelle einer vom Schuldner an den Anfechtungsgegner veräusserten, später untergegangenen Hypothek getreten ist.[4]) Aus demselben Grunde kann der Gegner zur Zahlung desjenigen Geldbetrages verurteilt werden, welcher der anfechtbar veräusserten Forderung des Schuldners entspricht.[5]) Dagegen kann der Gläubiger nicht von einem Erwerber, der mit Gewinn weiterveräussert hat, die Zahlung des dem Gewinne entsprechenden Betrages verlangen, denn der Rückgewähranspruch hat nur die Aufhebung der Benachteiligung des Gläubigers zum Gegenstande (Bem. I. 1). Wenn im Falle der Weiterveräusserung der veräusserte Gegenstand bei dem späteren Erwerber nicht mehr unverletzt vorhanden ist, so dass die Vollstreckung in den Gegenstand selbst in geringerem Maasse Befriedigung verschafft als es vor der Veräusserung möglich gewesen wäre, so kann der Gläubiger allerdings gleichzeitig auf Gestattung der Zwangsvollstreckung gegen den späteren Erwerber und auf Wertsersatz gegen den ursprünglichen Erwerber klagen. Aber er darf nicht umgekehrt in erster Linie gegen den ursprünglichen Erwerber auf Herauszahlung des bei der Weiterveräusserung gemachten Gewinnes und nur für den Rest gegen den spätern Erwerber auf Gestattung der Zwangsvollstreckung Klage erheben, denn es soll ihm nur dasjenige gewährt werden, was er ohne Veräusserung der Sache durch den Schuldner gehabt hätte. Der Umfang der Rückgewähr ist in keinem Falle nach den allgemeinen für Deliktsansprüche geltenden Grundsätzen zu beurteilen.[6]) Bezüglich der Anfechtung eines Mietvertrages vgl. Bem. III. 1 zu § 1 S. 657).

1) R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Bolze Bd. I. Nr. 557.

2) R.-G. (VI.) 7. Okt. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 92 ff., bes. S. 99.

3) Hartmann S. 191 ff.; Jäckel S. 182 ff.; v. Völderndorff Bd. 3. S. 179 ff.; Willenbücher S. 276 Nr. 2.

4) Cosack S. 266; Willenbücher S. 276 Nr. 1; v. Wilmowski S. 554; R.-G. (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. 9. S. 71 ff.; O.-L.-G. Jena 27. Nov. 1884, Thür. Bl. Bd. 32 S. 50; bayer. ob. Landesg. 27. Juni 1888, Samml. Bd. 12 S. 126 ff., und 27. Febr. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 300.

5) R.-G. (VI.) 26. Jan. 1888, Bolze Bd. 5 Nr. 345.

6) R.-G. (VI.) 27. Okt. 1890, Entsch. Bd. 27 S. 21 ff.

3) War dem Gegner in anfechtbarer Weise eine Schuld erlassen worden, so wird diese Rechtshandlung dem anfechtenden Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt und der Gegner verurteilt, sich die Einziehung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung gefallen zu lassen, als ob die Forderung noch bestände bezw. sich im Vermögen des Schuldners befände. Auch hier genügt nicht die blosse Unwirksamkeitserklärung, wie in den Mot. (S. 22) angenommen wurde und wie das bei der Anfechtung im Kv. dann der Fall ist, wenn die angefochtene Rechtshandlung in den Grenzen rein obligatorischer Beziehungen geblieben war (Bem. 1 zu § 30).[1])

III. Mehrheit von Anfechtungsberechtigten.

1) Da ausserhalb des Kv. jeder einzelne Gläubiger Subjekt des Anfechtungsrechtes ist (Bem. II. 1 zu § 2), so kann gegenüber demselben Erwerber mit Bezug auf die nämliche Rechtshandlung wiederholt Rückgewähr verlangt werden. Es kann aber auch vorkommen, dass dieselbe Rechtshandlung gleichzeitig von mehreren Gläubigern oder gleichzeitig vom K.-V. zugunsten der Masse und von einem Absonderungsberechtigten zugunsten seiner abgesonderten Befriedigung angefochten wird. Gegenüber mehreren anfechtungsberechtigten Gläubigern muss der Anfechtungsgegner nur einmal Rückgewähr leisten. Wenn einer derselben sich aus dem Gegenstande der Rückgewähr Befriedigung verschafft hat, so haftet der Gegner den übrigen Gläubigern nur noch mit dem, was vom ersten Gläubiger nicht in Anspruch genommen wurde. Hat dessen Befriedigung den Gegenstand der Rückgewähr erschöpft, so haben die übrigen Gläubiger hinsichtlich der hierauf bezüglichen Rechtshandlung keinen Anspruch mehr.[2]) Ebenso verhält es sich auch dann, wenn der Gläubiger sich mit dem Gegner über die Art der Rückgewähr geeinigt hat, indem er sich mit einer Geldleistung abfinden liess, sofern nur der zur Rückgewähr Verpflichtete den andern Gläubigern nachweisen kann, dass der Empfänger der Rückgewähr anfechtungsberechtigt war und den vollen Wert des zurückzugewährenden Gegenstandes erhalten hat. Ist dieser Gegenstand durch einen Gläubiger des Anfechtungsgegners gepfändet worden, so wird dadurch das Anfechtungsrecht nicht berührt. Vielmehr tritt an die Stelle der Sache selbst der Ersatz des Wertes (Bem. II. 2). Gleichgültig ist die Zeitfolge, in welcher die Gläubiger Klage erhoben oder die vollstreckbare Anerkennung ihres Anfechtungsanspruches erlangt haben. Nicht das frühere Urteil, sondern nur die frühere Vollstreckung gewährt den Vorzug vor andern Anfechtungsberechtigten; denn mit dem Urteile erlangt der Gläubiger nicht ein dingliches Recht an dem Gegenstande der Rückgewähr, sondern nur eine persönliche Forderung auf dessen Herausgabe.[3]) Auch kann nur die Erfüllung der Rückgewährspflicht, nicht der Verzicht eines einzelnen Gläubigers die Wirkung haben, dass der Gegner im Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern befreit wird, weil jedem Gläubiger das Anfechtungsrecht als eigenes Recht zusteht, daher auch jeder durch Verzicht nur sein Recht, nicht zugleich das der übrigen Gläubiger aufgeben kann.[4])

2) Hat der K.-V. und ein Absonderungsberechtigter bezüglich der nämlichen Rechtshandlung gleichzeitig Anfechtungsklage erhoben, so können zwar die dadurch entstandenen Prozesse selbständig nebeneinander hergehen, weil weder für den einen noch für

[1]) Cosack S. 266; Hartmann S. 185; Jäckel S. 217, 218; Krasnopolski S. 138; Otto S. 243; v. Wilmowski S. 554; A. M. Kranichfeld S. 40 Nr. 4b und v. Völderndorff Bd. 3 S. 177.

[2]) R.-G. (VI.) 7. Okt. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 92 ff., bes. 97, 98; (VI.) 10. Okt. 1889, Jur. Woch. S. 433, 434; Schl.-Holst. Anz. 1890 S. 5 und sächs. Arch. Bd. 1 S. 338 ff.

[3]) Cosack S. 268; Jäckel S. 187; Otto S. 241; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 296 und die Kommentare; O.-L.-G. Dresden 1. Mai 1886, Wengler, Arch. Bd. 9 S. 11; R.-G. (V.) 16. März 1892, Jur. Woch. S. 206.

[4]) Hartmann S. 190, 191; Jäckel S. 179; Korn S. 234, 235; Windscheid Bd. 2 § 298; A. M.: Cosack S. 229.

den andern ein gesetzlicher Aussetzungsgrund besteht. Auch ist es unzulässig, dass der eine Anfechtungsberechtigte im Prozesse des andern als Hauptintervenient auftritt und so die Aussetzung herbeiführt, weil der Anfechtungsanspruch des Absonderungsberechtigten nach Subjekt und Gegenstand ein anderer ist als derjenige, welchen der K.-V. verfolgt. Wurde aber vom K.-V. die Rückgewähr zur Masse erlangt, ehe der Absonderungsberechtigte seinen Anspruch zwangsweise verwirklichen konnte, so muss jener doch die abgesonderte Befriedigung aus diesem Gegenstande dulden. Andererseits braucht auch hier der Gegner, falls der Absonderungsberechtigte dem K.-V. zuvorkam, nur noch dasjenige, was nicht zur Befriedigung des Absonderungsberechtigten verwendet wurde, zur Masse abliefern, weil diese sonst in ungerechtfertigter Weise bereichert würde.

§ 8.

Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Falle einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten.

(E. § 7; M. S. 22—25; K.-O. §§ 31, 32.)

1) Aus der Verschiedenheit in der Behandlung der Rückgewähr nach der K.-O. und nach dem Anf.-Ges. ergiebt sich auch eine verschiedenartige Behandlung der Gegenforderungen gegenüber dem K.-V. und den anfechtenden Gläubigern. Dort, wo das Zurückgewährte in die Masse fliesst, müssen die Gegenforderungen des die Rückgewähr Leistenden teils als Masseschulden, teils als Konkursforderungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners getilgt werden, weil dieser es ist, dessen Vermögen die Gegenleistung bezw. der Untergang der Forderung zu gute kommt. Ausserhalb des Kv. dagegen, wo die Rückgewähr in ein anderes Vermögen als in dasjenige des Schuldners erfolgt, kann der Empfänger der Rückgewähr nicht für die Gegenleistung haften. Diese Haftung trifft vielmehr hier wie im Kv. das Vermögen des Schuldners. Ein Unterschied in der Behandlung der Gegenforderungen besteht hiernach nicht hinsichtlich des Subjekts der Erstattungspflicht, sondern in der Wirkung der Rückerstattungsansprüche. Während diese im Kv. unmittelbar als Masseschulden oder mittelbar als Konkursforderungen die durch die Rückgewähr zu bewirkende Vermehrung der Masse abschwächen sonach den Wert des Zurückgewährten vermindern, wird bei der Anfechtung ausserhalb des Kv. Umfang und Wirkung der Rückgewähr durch Rückerstattungsansprüche des Anfechtungsgegners nicht berührt, weil hier nicht eine und dieselbe Person Subjekt des Anfechtungsanspruches und der Erstattungspflicht ist. Das Gesetz sagt nur, dass der Anfechtungsgegner seine Erstattungsansprüche nicht gegen den Gläubiger richten kann; ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange Erstattungsansprüche gegen den Schuldner begründet sind, hängt von dem allgemeinen bürgerlichen Rechte ab (Bem. 2 zu §§ 31 ff.). Dass § 8 in dieser Beziehung nichts entscheidet, ergiebt sich auch aus der Nichtberücksichtigung der Anfechtung gegenüber Rechtsnachfolgern des ersten Erwerbers. Der Sonderrechtsnachfolger des letztern kann wegen seiner Gegenleistung niemals den Schuldner sondern nur seinen Rechtsvorgänger in Anspruch nehmen.[1]) § 8 enthält auch keine Einschränkung der Grundsätze über diejenige Wirkung der Anfechtung, welche nur zwischen den Parteien des Anfechtungsprozesses, nicht auch zwischen denjenigen Personen eintritt, welche den angefochtenen Vertrag abgeschlossen haben. Der Gläubiger soll durch die Anfechtung in die Lage versetzt werden, sein Recht gegen den Schuldner so zu verfolgen, wie er es vor Abschluss des anfechtbaren Geschäftes hätte verfolgen können. War durch die angefochtene Hingabe an Zahlungsstatt eine Forderung getilgt worden, so lebt durch die Anfechtung diese Forderung wieder auf; es muss aber auch

[1]) Jäckel S. 202.

das Pfandrecht wieder aufleben, welches zugunsten dieser Forderung früher an den an Zahlungsstatt hingegebenen Sachen bestanden hatte; der anfechtende Gläubiger muss sich gefallen lassen, dass sich sein Anfechtungsgegner ihm gegenüber auf dieses Pfandrecht beruft. An diesem Verhältnis ändert auch § 8 nichts.[1])

2) Im einzelnen unterscheidet das Anf.-Ges. ebenso wie die K.-O. zwei Fälle, nämlich: die Rückerstattung der Gegenleistung und die Haftung des Schuldners für eine Forderung, welche durch eine anfechtbare Leistung an den Gegner untergegangen ist (vgl. die Bem. zu §§ 31, 32 K.-O.). Jedoch ist zu betonen, dass § 8 dem Anfechtungsgegner auch die Möglichkeit entzieht, sich wegen seiner gegen den Schuldner bestehenden Erstattungsansprüche mittels Zurückbehaltung oder Aufrechnung[2]) oder Zwangsvollstreckung an den Gegenstand der Rückgewähr zu halten. An und für sich wäre dies möglich, weil im Verhältnisse zwischen dem anfechtenden Gläubiger und seinem Gegner die zurückzugewährende Sache als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet wird. Da der Anfechtungsgegner die Erstattungsansprüche gegenüber dem anfechtenden Gläubiger nicht geltend machen darf, sondern sich an den Schuldner halten muss, kann er aber auch nicht den Gegenstand der Rückgewähr angreifen, weil darin mittelbar eine Erhebung des Anspruches gegen den Gläubiger liegen würde. Hat jedoch der Anfechtungsgegner noch andere Forderungen an den Schuldner als die im § 8 vorbehaltenen, so darf er für diese im Wege des Arrestes oder der Vollstreckung auch den Gegenstand der Rückgewähr angreifen; denn im Verhältnisse zwischen ihm und dem anfechtenden Gläubiger gilt die Rechtshandlung nach § 1 überhaupt als unwirksam; dort wird die Rechtshandlung nicht nur für den Gläubiger, also nicht bloss zu seinen Gunsten, sondern als diesem gegenüber unwirksam erklärt. Der Gegenstand kann deshalb auch nicht hinsichtlich der Rückgewähr als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet werden.[3]) Ob der Anfechtungsgegner für Forderungen der letztern Art ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Gläubiger ausüben darf, ist nach dem sonstigen bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Bezüglich der Verwendungsansprüche vgl. Bem. II. 1 zu § 7, wegen Nebenintervention und Streitverkündung Bem. III. 2 zu § 1.

§ 9.

Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klagantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

(E. § 8; M. S. 25, 26.)

1) Die Rückgewähr kann je nach Lage der Umstände in ganz verschiedener Weise erfolgen (Bem. II. zu § 7). Es gehört daher zur Bestimmtheit des Antrages im Sinne des § 230 Z. 2 C.-P.-O., dass nicht nur Rückgewähr in bestimmtem Umfange verlangt, sondern auch die Art und Weise bezeichnet wird, in welcher sie im einzelnen Falle erfolgen soll. Hierdurch wird die blosse Feststellungsklage ausgeschlossen (Bem. III. 1 zu § 1). Die Nichtbeachtung des § 9 ist von Amts wegen zu rügen; das Rügerecht kann sonach nicht verloren gehen (Bem. III. 1 zu § 1). Was der anfechtende Gläubiger beanspruchen kann, was nicht, ist durch die §§ 7 und 8 bestimmt. Für die einredeweise Geltendmachung

[1]) R.-G. (V.) 7. April 1888, Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 9 S. 140 ff.

[2]) R.-G. (III.) 29. Jan. 1884, Jur. Woch. 1884 S. 89, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 301 und Bl. f. R.-A. Erg.-Bd. 4 S. 328.

[3]) Cosack S. 287 ff.; Jäckel S. 205; v. Wilmowski S. 553 Nr. 3. A. M. Hartmann S. 214; Menzel S. 283; Steinbach S. 138, 139.

bedurfte es einer gleichen Vorschrift wie für den Klagantrag deshalb nicht, weil es bei der Einrede dem Gläubiger nur darauf ankommt, die Abweisung der Klage zu erzielen und das zu behalten, was er bereits hat, dadurch aber das Ziel der Anfechtung genügend bestimmt ist. [1]) Auch bei der im Wege der Replik geltend gemachten Anfechtung handelt es sich lediglich darum, durch die Anfechtung eine vom Beklagten vorgebrachte Einrede zu entkräften. Der Klagantrag erfährt durch diese Anfechtung eine Änderung nicht. Die Widerklage dagegen ist wie eine gewöhnliche Klage zu behandeln.

2) Dem § 9 soll schon in der Klageschrift entsprochen werden; andernfalls ist ein Versäumnisurteil unmöglich. Durch den aus der Zuwiderhandlung gegen § 9 entspringenden Mangel in der Klageschrift wird aber die Rechtshängigkeit nicht gehindert. Die nähere Bezeichnung der Art und des Umfanges der Rückgewähr kann hiernach noch im mündlichen Klagevortrag nachgeholt werden. Im Falle der Versäumnis des Beklagten kommt jedoch § 300 C.-P.-O. zur Anwendung. Der Richter ist nicht befugt, mehr zuzusprechen als verlangt wird, dagegen nicht gehindert, die Pflicht zur Rückgewähr in einer andern Form auszusprechen, als der Antrag vorschlägt; denn die Form der Rückgewähr als ein Mittel zur Erweiterung der Möglichkeit zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers unterliegt nicht der Verfügung der Parteien. [2]) Beispiele für solche Abweichungen vom Antrage finden sich in den bei Bem. II. 2 zu § 7 mitgeteilten Entsch. über die Verurteilung zu einer Geldleistung.

§ 10.

Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urteil (Civilprozessordnung §§ 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urteile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, dass die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

(E. § 9; M. S. 26, 27.)

1) Der vorläufig vollstreckbare Titel reicht zwar hin, um ein verurteilendes Erkenntnis zu erlangen, das auch an sich, sobald es die Rechtskraft beschritten hat, vollstreckt werden könnte. Nun besteht aber die Möglichkeit, dass das Urteil über die Anfechtungsklage eher die Rechtskraft erlangt als das Urteil über die Forderung des Gläubigers und dass dieser nachträglich mit seiner Klage abgewiesen wird. Damit der Anfechtungsgegner nicht genötigt ist, die Vollstreckung zu dulden und dann im Wege eines neuen Prozesses gemäss § 686 C.-P.-O. die ihm nachträglich erwachsene Einrede gegen den Anfechtungsanspruch zu verfolgen, dürfen deshalb nach § 10 Entscheidungen, durch welche nur auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren oder unter Vorbehalt ergangenen Urteiles zur Rückgewähr verurteilt worden ist, trotz eingetretener Rechtskraft solange nicht vollstreckt werden, als der vollstreckbare Titel des Gläubigers nicht rechtskräftig bezw. vorbehaltlos geworden ist. Diese vorläufige Nichtvollstreckbarkeit ist die Wirkung des nach § 10 beizufügenden Vorbehaltes. [3]) Der Vorbehalt ist von Amts wegen auszusprechen. Das Gericht hat zwar genau zu prüfen und festzustellen, welche Art von vollstreckbarem Titel vorliegt (Bem. II. 3 zu § 2) und ob dieser die Befugnis zur Anfechtung gewährt. Dagegen braucht es nicht festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 10 gegeben sind,

[1]) Hartmann S. 221; Kranichfeld S. 48 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. 3 S. 189.

[2]) Hartmann S. 221; O.-L.-G. Colmar 23. Jan. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 343 ff.

[3]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 193 Text und Anm. 1.

bezw. ob das vorläufig vollstreckbare Urteil bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Der Vorbehalt ist in allen Fällen auszusprechen, in welchen die Klage auf ein Urteil der fraglichen Art gestützt wird. Dadurch wird der Schuldner zunächst gegen die Vollstreckung geschützt. Sache des Gläubigers ist es dann, darzulegen, dass dem Vorbehalte genügt ist, und sich auf diesem Wege die Vollstreckungsklausel zu verschaffen (Bem. 2).[1]) Wenn das Gericht den Vorbehalt unterlassen hat, so steht dem Anfechtungsgegner ein Recht auf Ergänzungsurteil zu (§ 292 C.-P.-O.) Wie die Unterlassung der von Amts wegen auszusprechenden vorläufigen Vollstreckbarkeit Veranlassung zum Ergänzungsurteile giebt, so muss ein solches um der Gleichheit der Parteirechte willen auch zulässig sein, wenn von Amts wegen die Nichtvollstreckbarkeit ausgesprochen werden soll. Aus dem Mangel einer besondern Vorschrift der C.-P.-O. ist ein Gegengrund nicht zu entnehmen, weil man bei deren Abfassung die Regelung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Kv. noch nicht in das Auge gefasst hatte. Aus dem Schweigen des Anf.-Ges. ergiebt sich aber nur, dass eine ausdrückliche Regelung übersehen wurde. Dagegen erhellt aus den §§ 292, 502, 562, 654 der C.-P.-O., dass das Ergänzungsurteil auch in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte zulässig sein soll. Der Mangel eines allgemeinen Ausspruches hierüber und die Beschränkung der C.-P.-O. auf die Bezeichnung einzelner bestimmter Fälle erklärt sich zur Genüge daraus, dass unter der Herrschaft des Dispositionsprinzipes nach der C.-P.-O. in der Urteilsformel, welche die Hauptsache betrifft, nur die Kosten, der Vorbehalt von Verteidigungsmitteln und die vorläufige Vollstreckbarkeit als von Amts wegen zu berücksichtigende Punkte in Betracht kamen. Die entsprechende Anwendung der erwähnten Vorschriften wird dadurch nicht ausgeschlossen.[2])

Auf den Fall der einredeweisen Anfechtung passt § 10 nicht. Dringt die Einrede durch und wird die Klage deshalb abgewiesen, so ist, abgesehen von den Kosten, nichts zu vollstrecken. Wenn die Einrede verworfen wird, fehlen aber die Voraussetzungen des § 10.[3])

2) Erst wenn die Bedingung eingetreten und der vollstreckbare Titel des Gläubigers ein vorbehaltloser geworden ist, kann der Gläubiger die Vollstreckungsklausel für das die Rückgewähr anordnende Urteil verlangen. Da aber die Vollstreckung des letztern ihrem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer andern Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, so sind bei Erteilung der Klausel die §§ 664, 666 ff. C.-P.-O. anzuwenden. Durch Vermittelung der hiernach notwendigen richterlichen Anordnung muss in der Klausel eine entsprechende Beschränkung angebracht werden, falls der vollstreckbare Titel nur teilweise rechtskräftig oder vorbehaltlos, zum andern Teile aber aufgehoben worden ist.

3) Wird der vorläufig vollstreckbare Titel oder das unter Vorbehalt ergangene Urteil später aufgehoben und die Forderung des Gläubigers aberkannt, so steht damit fest, dass das über die Rückgewähr erlassene Urteil nicht vollstreckt werden kann. Der durch die letztere Entscheidung verurteilte Anfechtungsgegner kann übrigens auch in einem neuen Prozesse gegen den frühern Kläger das Nichtbestehen der Rückgewährpflicht feststellen lassen.[4]) Das Gericht darf nur die Vollstreckung davon abhängig machen, dass die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. Dagegen darf es nicht ein bedingtes Urteil erlassen und die Anfechtungsklage für den Fall abweisen, dass obige Voraussetzung eintrifft. Die C.-P.-O. kennt ein bedingtes Urteil nur insoweit, als auf Eid erkannt wird (§§ 425, 427). Diese Vorschriften, bei denen zudem vorausgesetzt wird, dass dem bedingten Urteile noch ein Endurteil nachfolgt, in welchem der Eintritt der

[1]) Jäckel S. 231.

[2]) A. M. Cosack S. 227; Jäckel S. 231.

[3]) Korn S. 14; v. Völderndorff Bd. 3 S. 196.

[4]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 195.

Bedingung festgestellt wird, passen aber in keiner Weise auf den vorliegenden Fall. Das ergehende Urteil hat hiernach auch im Falle des § 10 selbst in Ansehung der Kosten unbedingt zu lauten. Nur die Vollstreckung ist von dem Eintritte der Rechtskraft des frühern Urteiles abhängig zu machen.[1]) Ein auf Grund des § 10 erlassenes nur bedingt vollstreckbares Urteil darf zwar vor Eintritt der Bedingung auch bezüglich der Kosten nicht vollstreckt werden. Die Festsetzung der Kosten aber darf vor Eintritt der Bedingung erfolgen. In diesem Falle ist im Festsetzungsbeschluss zu bemerken, dass die Vollstreckung des Urteils und deshalb auch die Vollstreckung des Beschlusses von dem Eintritt der im § 10 bezeichneten Bedingung abhänge.[2])

4) Das Gericht kann auch, um ein Urteil zu vermeiden, das vielleicht niemals vollstreckbar wird, die Entscheidung solange aussetzen, bis Gewissheit über das Schicksal des vollstreckbaren Titels besteht. Dieser Ausweg ist nicht an die Zustimmung beider Parteien geknüpft, da § 139 C.-P.-O. hier an sich anwendbar ist und § 10 dessen Anwendung nicht ausschliesst. Die Frage, ob der Anfechtung stattgegeben werden darf, hängt ganz von dem Bestehen der Forderung ab, über welche im ersten Prozesse gestritten wird; es sind deshalb alle Voraussetzungen zur Anwendung des § 139 gegeben. § 10 sagt aber nicht, dass in allen Fällen ohne Rücksicht auf den anhängigen Prozess über die Anfechtung entschieden werden müsse, sondern giebt nur für den Fall, dass eine derartige Entscheidung ergeht, ein weiteres Schutzmittel für den Beklagten.[3]) Allerdings wird das Gericht bei Anwendung des § 139 mit Vorsicht verfahren, weil § 10 den Anfechtungsgegner schützt und es schon mit Rücksicht auf den hier vorgesehenen Vorbehalt nicht leicht vorkommen wird, dass ein Gläubiger den Prozess über das Forderungsrecht absichtlich in die Länge zieht. Der Anfechtungsgegner kann übrigens auch im Prozesse zwischen Gläubiger und Schuldner als Nebenintervenient auftreten und den Prozess betreiben, weil dessen Ausgang darüber entscheidet, ob der Anfechtung Folge zu geben ist.

5) Wird das den vollstreckbaren Titel bildende in Rechtskraft erwachsene Urteil zufolge eines Wiederaufnahmeverfahrens nachträglich aufgehoben, so bleibt der gemäss § 10 gemachte Vorbehalt dessenungeachtet bestehen. Auch kann hierauf der frühere Anfechtungsgegner eine Restitutionsklage nicht stützen. § 543 Z. 7 C.-P.-O. trifft nicht zu, weil das aufhebende Urteil weder ein „früheres Urteil" noch eine „andere Urkunde" im Sinne der erwähnten Vorschrift ist; § 543 Z. 6 spricht als argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Restitutionsklage. Wohl aber kann der Schuldner seinerseits im Restitutionsverfahren vom Gläubiger verlangen, dass dieser ihm ersetze, was er infolge der Rückgewähr nach Landesrecht (Bem. I. zu § 8) an den Anfechtungsgegner leisten musste, bezw. dass er ihn von der Schuld befreie, welche der Anfechtungsgegner im Wege des Rückgriffes auf Grund der erfolgten Rückgewähr geltend machen kann.[4]) Der letztere kann aus diesem Anlasse als Nebenintervenient in das Wiederaufnahmeverfahren eintreten, hat aber zugleich eine selbständige Klage auf Rückgabe des Geleisteten gegen den anfechtenden Gläubiger gemäss § 686 C.-P.-O. Wenn auch das bezüglich der Anfechtung ergangene Urteil nicht formell aufgehoben worden ist, so steht doch jetzt fest, dass es an den Voraussetzungen der Anfechtung fehlte und der Anfechtungskläger nicht berechtigt war, die Rückgewähr zu verlangen.[5])

[1]) Hartmann S. 222; Jäckel S. 232. A. M.: Cosack S. 227; L. Seuffert in Buschs Z. Bd. 9 S. 157.

[2]) O.-L.-G. Stuttgart, 24. Febr. 1891 u. R.-G. (VI.) 11. Mai 1891, Württ. Jahrb. Bd. 4 S. 222 ff.

[3]) Hartmann S. 223; Jäckel S. 233; L. Seuffert in Buschs Z. Bd. 9 S. 137; v. Wilmowski S. 555. A. M. Cosack S. 227 Anm. 19; Korn S. 14; v. Völderndorff Bd. 3 S. 195.

[4]) Cosack S. 227 Anm. 22. A. M. Hartmann S. 224 und Jäckel S. 233 Anm. 50.

[5]) Hartmann S. 224; Jäckel S. 233 Anm. 50. A. M.: Cosack S. 227, der jeden Einfluss der erfolgreichen Wiederaufnahme auf die Entscheidung des Anfechtungsprozesses leugnet.

§ 11.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen andern Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letztern begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen;
2. wenn er zu den im § 3 Z. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, dass er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntnis hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemässheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird.

(E. § 10; M. S. 27; K.-O. § 33.)

1) Abs. 1 und 2 sind genau den Bestimmungen in § 33 K.-O. nachgebildet, wesshalb auf die Bem. hierzu verwiesen wird; bezüglich der Möglichkeit gleichzeitiger Klage gegen den ersten und einem spätern Erwerber vgl. Bem. II. 2 a. E. zu § 7.[1])

2) Aus dem Satze, dass die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung gegenüber dem Rechtsnachfolger durch die Anfechtbarkeit gegenüber dem Vertragsgenossen des Schuldners bedingt ist, könnte hinsichtlich der Fristerstreckung gemäss § 4 die Notwendigkeit einer doppelten Zustellung an den ersten Erwerber und an den Rechtsnachfolger abgeleitet werden. Das Gesetz begnügt sich jedoch in allen Fällen der Anfechtung „gegenüber einem Rechtsnachfolger" mit der an diesen geschehenen Zustellung. Selbstverständlich müssen aber auch hier die sonstigen Voraussetzungen der Fristerstreckung vorliegen. Die Zustellung an den ersten Erwerber ist auch gegenüber solchen Rechtsnachfolgern wirksam, welche den Gegenstand der Rückgewähr erst nach der Zustellung erworben haben, weil sie nach diesem Zeitpunkte den Gegenstand nur in der zugunsten des Gläubigers eingetretenen Rechtslage erwerben konnten.[2]) Aus dem gleichen Grunde wirkt die Zustellung gegenüber einem Rechtsnachfolger auch zugunsten der Anfechtbarkeit gegenüber spätern Rechtsnachfolgern. Dagegen kann die Zustellung an den ersten Erwerber dann nicht gegen den Rechtsnachfolger wirken, wenn dieser bereits vor der Zustellung erworben hatte. In diesem Falle hat er die Sache in der günstigern Rechtslage erlangt, welche ohne die Zustellung besteht; diese letztere kann aber ohne ausdrückliche Bestimmung nicht rückwärts wirken. Wie nach Abs. 3 die Zustellung an den Rechtsnachfolger zweifellos die Frist nur gegenüber diesem, nicht gegenüber dem ersten Erwerber erstreckt, also die Möglichkeit der Anfechtung gegenüber dem letztern nicht erweitert, so kann auch eine Rückwirkung nicht in dem umgekehrten Falle angenommen werden, in welchem die Zustellung an den ersten Erwerber erfolgte, die Anfechtung sich aber gegen einen Rechtsnachfolger

[1]) R.-G. (VI.) 12. Nov. 1891, Jur. Woch. S. 572 Nr. 4, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 464.

[2]) Cosack S. 318; Jäckel S. 171; v. Völderndorff Bd. 3 S. 198. A. M.: Willenbücher S. 279; v. Wilmowski S. 557.

richtet, welcher zur Zeit der Zustellung bereits erworben hatte. Nach Abs. 3 soll es, obwohl die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger zwei anfechtbare Handlungen voraussetzt, nämlich diejenige zwischen dem Schuldner und ersten Erwerber und diejenige zwischen letzterem und seinem Rechtsnachfolger, doch für die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger genügen, dass durch Zustellung an ihn bezüglich seines Erwerbes die Fristerstreckung eingetreten ist. Dies hat zur Folge, dass auch für die Anfechtbarkeit der gegenüber dem ersten Erwerber vorgenommenen Rechtshandlung die längere Frist gilt. Insoweit tritt allerdings eine Rückwirkung der Zustellung auf die Anfechtbarkeit der frühern Rechtshandlung ein; aber diese bezieht sich nur auf die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger, ist also rein sachlicher Natur. Im übrigen bleibt der Satz bestehen, dass die Zustellung an denjenigen erfolgen muss, gegenüber welchem das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll. Die nach eingetretener Rechtsnachfolge bethätigte Zustellung an den ersten Erwerber kann hiernach auf die Anfechtbarkeit des vor der Zustellung aber nach der ersten anfechtbaren Rechtshandlung eingetretenen Erwerbes keinen Einfluss äussern. Vielmehr kann eine derartige Zustellung nur dann dem Rechtsnachfolger gegenüber wirksam sein, wenn die Rechtsnachfolge nach der Zustellung eingetreten ist, die Rückwirkung sonach auf der rechtlichen Bedeutung der Rechtsnachfolge beruht. In den Mot. wurde zwar bemerkt, die Zustellung an den Vertragsgenossen des Schuldners werde auch gegenüber jedem Rechtsnachfolger wirken, wenn diesem zur Zeit seines Erwerbes die betrügliche Absicht des Schuldners gemäss Z. 1 des § 10 bekannt gewesen sei; dasselbe gelte gegenüber einem Rechtsnachfolger, welcher zu den in § 3 Z. 2 genannten Personen gehöre, unter der im Abs. 2 Z. 2 des § 11 bezeichneten Voraussetzung, also dann, wenn er nicht beweise, dass er zur Zeit seines Erwerbes von der Zustellung keine Kenntnis gehabt habe. Aber zwischen der in § 4 vorgesehenen Zustellung und der Kenntnis der betrügerischen Absicht besteht kein Zusammenhang. Die erstere erfolgt nicht, um den Anfechtungsgegner von der Anfechtbarkeit oder von dem Vorhandensein einer betrügerischen Absicht zu benachrichtigen, sondern um ihm anzuzeigen, dass der Gläubiger sein Anfechtungsrecht auszuüben gedenke. Hiernach kann diese Zustellung auch nicht durch die Kenntnis des Rechtsnachfolgers von der betrügerischen Absicht des Schuldners und noch weniger durch die gesetzliche Vermutung einer solchen Kenntnis ersetzt werden. Unter allen Umständen ist in derartigen Fällen die in ihren Wirkungen ganz sichere Zustellung an den Rechtsnachfolger vorzuziehen bezw. sind, wenn die Anfechtung auch dem ersten Erwerber gegenüber durchgeführt werden soll, zwei Zustellungen vorzunehmen.[1]) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die fragliche Zustellung einem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers gemacht worden ist, die Anfechtung aber einem weitern Rechtsnachfolger gegenüber durchgeführt werden soll. Auch hier genügt die Zustellung an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird, mit Rücksicht auf diesen Beklagten in allen Fällen, die Zustellung an dessen Rechtsvorgänger dagegen nur, wenn sie vor Eintritt der Rechtsnachfolge bewirkt wurde.

§ 12.

Das Anfechtungsrecht auf Grund des § 3 Z. 1 verjährt in zehn Jahren seit dem Zeitpunkte, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.

(E. § 11; M. S. 27.)

[1]) Jäckel S. 170 ff.; Willenbücher S. 279; v. Wilmowski S. 557. A. M.: Cosack S. 318; Hartmann S. 235; Kranichfeld S. 53 Nr. 11; v. Völderndorff Bd. 3 S. 199.

1) Der Lauf dieser Frist, welche sich nur auf die Fälle des § 3 Z. 1 bezieht, ist nicht davon abhängig, dass der Anfechtungsanspruch bereits geltend gemacht werden kann. Während die gerichtliche Verfolgung des Anspruches die in § 2 bezeichnete Vermögenslage des Schuldners voraussetzt, ist der Lauf der Frist nur durch die Fälligkeit der Forderung, die Erlangung eines vollstreckbaren Titels und die Vornahme einer anfechtbaren Rechtshandlung seitens des Schuldners bedingt. Die Frist kann also ablaufen, ehe der Anspruch geltend gemacht werden konnte[1] Hiernach handelt es sich im § 12, obgleich das Gesetz von „Verjährung" spricht, nicht um eine wirkliche Verjährungsfrist, weder um die gewöhnliche Klageverjährung noch um eine sonstige Verjährung, sondern ebenso wie bei den Fristen des § 3 Z. 2 um eine materielle Voraussetzung des Anfechtungsanspruches.[2]) Nur muss hier innerhalb der Frist nicht die anfechtbare Handlung vorgenommen sondern der Anspruch geltend gemacht sein; andernfalls geht das Anfechtungsrecht unter bezw. entsteht nicht.[3]) Der Anfechtungsanspruch kann nach Ablauf der Frist auch dann nicht mehr verfolgt werden, wenn es dem Gläubiger gelungen ist, statt des frühern vollstreckbaren Titels einen neuen zu erwerben; denn der Zeitpunkt, in welchem dieser Titel erlangt wurde, ist für sich allein bei Berechnung der Frist nicht maasgebend. Die Frist beginnt, falls die anfechtbare Handlung der Fälligkeit vorausging, an dem Tage, an welchem der vollstreckbare Titel zur Fälligkeit hinzutritt. Dieses Zusammentreffen kann aber nur einmal erfolgen. Wenn ein neuer vollstreckbarer Titel erworben wird, so bleibt immerhin die Thatsache bestehen, dass das Zusammentreffen der Fälligkeit und des vollstreckbaren Titels bereits früher vollzogen war, die Frist zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes sonach abgelaufen ist. Diese Bestimmung über den Beginn der Frist ist eine notwendige Folgerung aus dem Satze, dass der Anfechtungsanspruch mit der Forderung, nicht mit dem vollstreckbaren Titel zusammenhängt.[4]) Da die Wahrung der zehnjährigen Frist hiernach zu den thatsächlichen Voraussetzungen der erfolgreichen Anfechtung auf Grund des § 3 Z. 1 gehört, so ist von Amts wegen festzustellen, ob die Frist eingehalten wurde.[5]) Es verhält sich hier anders wie bei § 34 K.-O.; die dortige Frist muss als eine wirkliche Verjährungsfrist betrachtet werden, weil sie nur zu laufen beginnt, nachdem der Anspruch geltend gemacht werden kann, was hier nicht der Fall ist.

2) Hinsichtlich der Berechnung der Frist vgl. Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. Von einer Unterbrechung des Fristenlaufes wie bei der Klagenverjährung kann hier nicht die Rede sein, weil eine Verjährung nicht in Frage steht. Nach erfolgloser Geltendmachung läuft hiernach auch für eine wiederholte Verfolgung nicht eine neue Frist. Vielmehr wird durch den Ablauf der Frist jede Anfechtung auf Grund des § 3 Z. 1 ausgeschlossen. Wer den Anspruch innerhalb der zehnjährigen Frist gerichtlich geltend gemacht hat, verliert ihn aber nicht dadurch, dass der Prozess hierüber erst nach Ablauf der zehn Jahre beendigt wird.[6])

§ 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erho-

1) Jäckel S. 172; v. Wilmowski S. 557. A. M. v. Völderndorff Bd. 3 S. 203, 204, der behauptet, ein Zahlungsfähiger könne eine anfechtbare Handlung überhaupt nicht vornehmen.

2) Hartmann S. 241; Meischeider in Gruchot Bd. 26 S. 469; v. Wilmowski S. 557. A. M.: Cosack S. 356, 358; Fischer, Lehrb. des preuss. Privatr. S. 770; Jäckel S. 171 ff.; Kranichfeld S. 55; Menzel S. 106 Anm. 10; Scherer, rhein. R. Bd. 1 S. 301 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. 3 S. 201.

3) A. M. nur Korn S. 221, der auf das Landesrecht verweist.

4) R.-G. (VI.) 8. Jan. 1887, Bolze Bd. 4 Nr. 374.

5) Hartmann S. 245, 246. A. M.: Jäckel S. 173; Korn S. 222.

6) v. Völderndorff Bd. 3 S. 201.

benen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozesskosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Falle einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozessordnung § 217 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32, 34 in Gemässheit der §§ 240, 491 der Civilprozessordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozesskosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugnis des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Z. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maassgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruche entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im § 3 Z. 2—4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablaufe eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Maassgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

(E. § 12; M. S. 28—33; K.-O. § 29).

I. Allgemeine Bemerkungen.

Der Zweck des § 13 besteht darin, die Einwirkungen des Kv. auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Kv. festzustellen. Er betrifft folgende Punkte:

1) Den Einfluss des Kv. auf anhängige Anfechtungsprozesse (Abs. 1 u. 2);

2) dessen Einfluss auf die ausserhalb des Kv. erlangte Rückgewähr (Abs. 3);

3) die Ausübung des Anfechtungsrechtes nach Beendigung des Kv. (Abs. 4);

4) die trotz der Anhängigkeit des Kv. zulässige Anfechtung durch einzelne Gläubiger (Abs. 5).

Der wesentliche Inhalt dieser Bestimmungen besteht in folgenden Sätzen: Der Konkurs beeinflusst die Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Kv. in vierfacher Weise, nämlich durch Unterbrechung der anhängigen Anfechtungsprozesse, durch das Recht des K.-V., den unterbrochenen Prozess aufzunehmen oder das Anfechtungsrecht unabhängig von dem anhängigen Prozesse zu verfolgen, durch die Fortwirkung der Handlungen des K.-V. auf die Anfechtungsmöglichkeit nach Beendigung des Kv., endlich durch die Begründung der Anfechtbarkeit einer Befriedigung oder Sicherung, welche ein K.-Gl. durch Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Kv. erlangt hatte. Diese Wirkungen erstrecken sich jedoch nur auf die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner bezüglich seines zur Masse gehörigen Vermögens vorgenommen hatte. Die Anfechtung solcher Handlungen, welche dessen nicht zur Masse gehöriges Vermögen betreffen, wird durch das Kv. nicht berührt (Abs. 5). Insoweit können deshalb auch die K.-Gl. während des Kv. selbständig das Anfechtungsrecht ausüben. Der Grundsatz des § 11 K.-O. wird dadurch nicht durchbrochen, weil hier die Vollstreckung in das Vermögen des Anfechtungsgegners erfolgt. Abgesehen davon ist diese Vorschrift jedenfalls durch Zweckmässigkeitsrücksichten gerechtfertigt (M. S. 32, 33). Die Ausübung des Anfechtungsrechtes seitens eines Absonderungsberechtigten hinsichtlich solcher Gegenstände, an welchen der Gläubiger sich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zuschreibt, wird durch das Kv. gleichfalls nicht berührt. Dies ergiebt sich ohne besondere Hervorhebung im § 13 aus dem Wesen des Absonderungsrechtes von selbst (Bem. II. zu § 3 K.-O., Bem. I. 3 zu § 1).[1])

II. Einfluss der Konkurseröffnung auf anhängige Anfechtungsprozesse. (Abs. 1 u. 2.)

1) Abs. 1 enthält eine Wiederholung der Vorschrift des § 29 K.-O. für den besondern Fall, dass der Anfechtungsanspruch schon vor der K.-E. von einem Gläubiger geltend gemacht wurde, dessen Forderung nach § 2 K.-O. durch die K.-E. Konkursforderung geworden ist. Die Gläubiger werden hier, wie im § 23 K.-O., mit Rücksicht auf die spätere Entwicklung schon für einen Zeitpunkt als K.-Gl. bezeichnet, in welchem sie dies noch nicht waren (Bem. II. 2 zu § 23). Die Ausdehnung des im § 29 ausgesprochenen Grundsatzes war notwendig mit Rücksicht auf den Zweck und die rechtliche Natur der Anfechtung ausserhalb des Kv. Diese soll dem Gläubiger einen Gegenstand für die Zwangsvollstreckung verschaffen (Einl. Bem. II.). Da nun § 11 K.-O. für die Dauer des Kv. Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner K.-Gl. in das Vermögen des Schuldners vollständig ausschliesst, soll die Vollstreckung zugunsten eines K.-Gl. auch in solches Vermögen nicht erfolgen, welches im Wege der Anfechtung zur Masse zu ziehen ist, obgleich es zur Zeit der K.-E. noch nicht zur Masse gehörte. Andernfalls hätte § 11 K.-O. zum grossen Teile umgangen werden können und würde dadurch seine Bedeutung verloren haben. Die weitere Verfolgung des Anfechtungsrechtes seitens einzelner K.-Gl. ist dadurch für die Dauer des Kv. ausgeschlossen. Daraus ergab sich aber mit Notwendigkeit, dass ein Anfechtungsanspruch während der Dauer des Kv. nur durch den K.-V. verfolgt werden darf. Diesem werden in Abs. 2 hiefür zwei Wege eröffnet. Er kann an Stelle des anfechtenden Gläubigers in den anhängigen Prozess eintreten und diesen Prozess übernehmen, oder den anhängigen Prozess ruhen lassen und das Anfechtungsrecht durch Anstellung einer neuen Klage geltend machen.

2) Für diese beiden Möglichkeiten wird in Abs. 2 zunächst durch die Vorschrift Raum geschaffen, dass der anhängige Prozess durch die K.-E. unterbrochen wird. Hierin liegt nicht eine Wiederholung sondern eine Erweiterung des in § 218 C.-P.-O. ausgesprochenen Grundsatzes. Letzterer berührt an sich nur Prozesse, welche die Masse betreffen, in welchen demnach der Gemeinschuldner Partei ist. Hier dagegen wird ein Prozess unterbrochen, der fremdes Vermögen betrifft, das erst zukünftig Bestandteil der

[1]) O.-L.-G. Kiel 29. Okt. 1880, Juristenzeit. Bd. 5 S. 185, Schl.-Holst. Anz. 1881 S.10.

Masse werden soll. Wie in Abs. 1 dieses Vermögen gegenüber der Anfechtung durch einzelne Gläubiger ebenso behandelt wird, als sei es schon Massebestandteil und deshalb der Zwangsvollstreckung gemäss § 11 K.-O. entzogen, so wird in Abs. 2 das nämliche Vermögen hinsichtlich der Unterbrechung in gleicher Weise behandelt. Die Unterbrechung setzt aber voraus, dass der Anfechtungsanspruch durch Klage oder Widerklage geltend gemacht worden ist. Auf einen Hauptprozess über einen Anspruch, bei welchem es sich nicht um Rückgewähr sondern um andere vom Kv. nicht berührte Rechte handelt und lediglich zum Zwecke der Abwehr einer Klage oder Einrede das Anfechtungsrecht durch Einrede oder Replik geltend gemacht wird, erstreckt sich die Unterbrechung nicht.[1]) Die weitere Berücksichtigung der Einrede oder Replik ist übrigens auch in solchen Fällen wegen § 13 Abs. 1 ausgeschlossen, da den Gläubigern die Befugnis zur Anfechtung durch die K.-E. entzogen wird (Bem. I. zu § 29).[2]) Nach Übernahme seines Amtes hat sich der K.-V. schlüssig zu machen, ob er den unterbrochenen Prozess für Rechnung der Masse aufnehmen, d. h. sein Anfechtungsrecht durch diese Aufnahme ausüben, oder ob er einen neuen Prozess beginnen will. Sind aus demselben Anfechtungsgrunde von verschiedenen Gläubigern mehrere Anfechtungsprozesse anhängig gemacht worden, so hat der K.-V. die Wahl; die Aufnahme aller Prozesse wäre zwecklos, da überall die nämliche Person Beklagter ist. Jedenfalls folgt aus der Aufnahme des einen Prozesses nicht, dass auch die andern aufgenommen werden müssten. Die Einleitung eines neuen Prozesses wird der K.-V. dann vorziehen, wenn der anhängige Prozess vom Gläubiger schlecht geführt worden ist und die Mängel der Prozessführung im weitern Verfahren nicht beseitigt werden können. Der letztere Weg muss gewählt werden, wenn der Prozess in der Revisionsinstanz oder in der Lage zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz unterbrochen worden ist, weil dann diejenige Erweiterung des Klagantrages nicht mehr vorgenommen werden kann, welche durch den Unterschied zwischen der Anfechtung nach der K.-O. und nach dem Anf.-Ges. notwendig wird (Bem. II. 3). Dies gilt auch, wenn nach Lage der Sache der K.-V. in der Revisionsinstanz die Zurückverweisung an das Berufungsgericht beantragen könnte, weil bei Abweisung dieses Antrags die Prozesslage die nötige Änderung der Anträge nicht mehr gestattet. Ein neuer Prozess ist endlich notwendig, wenn der vom Gläubiger anhängig gemachte Prozess zur Zeit der K.-E. bereits rechtskräftig erledigt ist. In den Mot. (S. 30) wird zwar behauptet, dass in diesem Falle sowie nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteiles der K.-V. befugt sei, „die Zwangsvollstreckung in dem Umfange zu betreiben, in welchem zugunsten des Gläubigers die Rückgewährspflicht ausgesprochen worden ist.“ Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung soll in diesen Fällen nach den Mot. gemäss §§ 665, 666 C.-P.-O. auf Grund der Bestallung des K.-V. erfolgen. Dieser kann aber unmöglich ein Urteil vollstrecken lassen, welches auf Gestattung der Zwangsvollstreckung zugunsten einer einzelnen Forderung lautet, für welche gemäss § 11 K.-O. Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich ist. Ebensowenig kann er die Vollstreckung eines Urteiles bewirken, welches auf Zahlung einer Geldsumme an den einzelnen Gläubiger lautet (Bem. II. 2 zu § 7). Der K.-V. ist nicht Rechtsnachfolger des Gläubigers, kann folglich auch nicht auf Grund des § 665 C.-P.-O. vollstreckbare Ausfertigung erlangen. Das Gegenteil ergiebt sich keineswegs aus § 13 Abs. 1 u. 2 Anf.-Ges., denn der Übergang der Anfechtungsbefugnis auf den K.-V. beruht ebenso wie seine Aufnahmebefugnis und die Unterbrechung des Verfahrens nicht auf einer Rechtsnachfolge, sondern auf dem Widerspruche zwischen dem Zwecke der Anfechtung und dem § 11 der K.-O. (Bem. II. 1). Aus dieser Grundlage des § 13 folgt nur, dass der Gläubiger nicht mehr vollstrecken lassen darf, und dass dem K.-V. die Befugnis zusteht, das Anfechtungsrecht selbständig auszuüben, nicht aber, dass er als Rechtsnachfolger des Gläubigers zu betrach-

[1]) Cosack S. 360 Anm. 7, auch für die Verfolgung mittels Widerklage; Hartmann S. 250; v. Völderndorff Bd. 3 S. 208 lit. f.

[2]) A. M.: v. Völderndorff a. a. O.

ten sei.[1]) Die in den Mot. dargelegte Auffassung würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn der für den einzelnen Gläubiger erworbene Anspruch kraft Gesetzes auf den K.-V. überginge. Dies ist aber nirgends vorgeschrieben; vielmehr macht dieser einen ganz andern Anspruch geltend als jener. Würde der Gläubiger, z. B. weil er von der K.-E. keine Kenntnis hat, das von ihm erwirkte Urteil vollstrecken lassen, so wäre die Vollstreckungshandlung ungültig und es müsste das durch Vollstreckung Erlangte nicht an die Masse, für welche der Anfechtungsanspruch noch nicht durchgeführt ist, sondern an den Anfechtungsgegner zurückgegeben werden. Der K.-V. kann aus dem Urteile, das in einem Prozesse erlassen wurde, in welchem der Schuldner nicht Partei war, keine Rechte ableiten.[2]) Selbst insofern, als das Urteil rein obligatorische Wirkungen beseitigt z. B. die Unwirksamkeit einer Forderungsübertragung oder eines Schulderlasses ausspricht, genügt es den Zwecken des Kv. nicht, weil die Unwirksamkeit nur gegenüber dem einen Gläubiger, nicht zugunsten der Masse und sämtlichen Gläubigern gegenüber ausgesprochen worden ist. Andererseits steht der Anfechtung durch den K.-V. ein Urteil nicht entgegen, durch das die Anfechtung ausserhalb des Kv. rechtskräftig zurückgewiesen wurde.[3])

3) Lehnt der K.-V. die Aufnahme ab, wozu er in Fällen des § 121 Z. 2 der Genehmigung des Gl.-A. bedarf, so erlangt er selbst das Recht, den Anfechtungsanspruch auf anderem Wege zu verfolgen; die Parteien des anhängigen Prozesses sind dann befugt, diesen Prozess ihrerseits aufzunehmen, jedoch nur um eine Entscheidung über die Kostenpflicht herbeizuführen. Diese Beschränkung gilt selbst dann, wenn der K.-V. erklärt, dass er das Anfechtungsrecht überhaupt nicht geltend machen werde. Wenn die Parteien ihren unterbrochenen Prozess aufgenommen haben, aber gleichzeitig ein Prozess zwischen dem K.-V. und dem Anfechtungsgegner anhängig ist, so kann das Gericht die Entscheidung über die Kostenpflicht im erstern Prozesse gemäss § 139 C.-P.-O. aussetzen. Erfolgt die Aufnahme seitens des K.-V., so wird der Gläubiger von der weitern Prozessführung ausgeschlossen, kann jedoch dem K.-V. als Nebenintervenient beitreten (Bem. 1 zu § 29 K.-O.). Der K.-V. aber muss den geltend gemachten Anspruch in Gemässheit des § 30 K.-O. sowie der §§ 240, 491 C.-P.-O. erweitern, denn der vom Einzelgläubiger gestellte Antrag entspricht niemals dem Zwecke der vom K.-V. ausgehenden Anfechtung. Statt Feststellung der Unwirksamkeit einer Rechtshandlung gegenüber dem einzelnen Gläubiger muss die Feststellung der Unwirksamkeit gegenüber dem zur Masse gehörigen Vermögen und gegenüber der Gesamtheit der K.-Gl. verlangt werden, statt Duldung der Zwangsvollstreckung, die Rückgewähr zur Masse. Sofern der Gegenstand der Rückgewähr höhern Wert hat als die Forderung des einzelnen Gläubigers, von dem die Anfechtung ausging, muss ferner statt der Rückgewähr bis zur Höhe der Forderung die volle Rückgewähr verlangt werden. Macht der K.-V. von seiner Befugnis, den Klagantrag zu erweitern, keinen Gebrauch, so muss die Klage ihm gegenüber abgewiesen werden, weil der vom Gläubiger gestellte Antrag zur Zeit der Begründung entbehrt. Allerdings sagt das Gesetz nur „kann" und nicht „muss"; dasselbe durfte aber einen andern Ausdruck nicht gebrauchen, da es unter der Herrschaft des „Dispositionsprinzipes" keine prozessuale Handlungspflicht giebt.[4]) Wenn der K.-V. den Prozess erst in der Berufungsinstanz aufnimmt, so ist er anscheinend durch § 499 C.-P.-O. hinsichtlich der Erweiterung des Klagantrages beschränkt. Weil Gegenstand der Berufungsverhandlung nur die den zu- oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte sind, scheint es, als ob der K.-V. in der Berufungsinstanz nicht mehr verlangen könnte, als der Gläubiger in erster Instanz verlangt hatte. Allein, da § 491 C.-P.-O.,

[1]) A. M. im Anschluss an die Mot. Cosack S. 361; Hartmann S. 249; Jäckel S. 237; Korn S. 259; Otto S. 224, 225; Willenbücher S. 282 Nr. 5a; v. Wilmowski S. 160 Nr. 2b zu § 29.

[2]) A. M.: Korn S. 259.

[3]) Jäckel S. 239; Korn S. 261 Nr. VI.; Willenbücher S. 282 Nr. 5b.

[4]) Cosack S. 360 a. E.; Kranichfeld S. 58, 59 Nr. 5; v. Wilmowski S. 158, 159 Nr. 2a zu § 29. A. M.: Jäckel S. 240, 241, der ein Wahlrecht des K.-V. behauptet.

auf den § 13 Bezug nimmt, ausdrücklich in zweiter Instanz die Erweiterung gemäss § 240 Z. 2 C.-P.-O. zulässt, kann aus § 499 nicht die Unzulässigkeit dieser Erweiterung gefolgert werden. Andernfalls würde die Bezugnahme auf § 491 ziemlich wertlos sein. Der K.-V. bringt auch in der Berufungsinstanz, indem er statt beschränkter die unbeschränkte Rückgewähr, statt Duldung der Vollstreckung die Rückgewähr zum Vermögen des Gemeinschuldners fordert, einen andern Anspruch nur insofern zur Verhandlung und Entscheidung, als der von ihm verfolgte Anspruch nicht den einzelnen K.-Gl. sondern den Gemeinschuldner zum Subjekte hat. Diese Veränderung des Anspruches, die sonst gemäss § 489 C.-P.-O. unzulässig wäre, ist im § 13 Anf.-Ges. ausdrücklich gewollt; die Veränderung des Gegenstandes des Anspruches aber fällt unter die nach § 240 Z. 2 u. 3 zulässigen Erweiterungen.[1]) Dagegen ist die Änderung des Anfechtungsgrundes auch in diesem Falle eine unzulässige Klageänderung im Sinne von § 235 Z. 3 und § 489 C.-P.-O. (Bem. III. 1 zu § 22).

4) Die Aufnahme des Prozesses durch den K.-V. hat ähnliche Wirkungen, wie im Falle des § 134 K.-O. Es tritt während des Prozesses ein Wechsel in der Parteirolle ein, der nicht durch Rechtsnachfolge veranlasst und vermittelt wird; überdies ändert sich hier auch der Prozessgegenstand, weil der vom K.-V. verfolgte Anfechtungsanspruch ein anderer ist als der vom einzelnen Gläubiger geltend gemachte. Es werden zwei ganz verschiedene Prozessrechtsverhältnisse miteinander verbunden, und zwar in der Weise, dass das eine nicht zu Ende geführt, das andere auf dem ausserordentlichen Wege der Aufnahme begründet wird (Bem. II. 2 zu § 134). Diese eigentümliche prozessuale Behandlung dient zunächst zur Abkürzung und Erleichterung für die Verfolgung des Anfechtungsrechtes. Sie hat aber auch die Bedeutung einer materiellen Erweiterung der Anfechtbarkeit in den Fällen des § 24 Z. 2 und des § 25 (§ 3 Z. 2—4 Anf.-Ges.), insofern der K.-V. dadurch in die Lage kommt, Rechtshandlungen anfechten zu können, welche mehr als ein bezw. zwei Jahre vor der K.-E. vorgenommen wurden, aber immerhin noch innerhalb der ein- oder zweijährigen Frist liegen, welche von der Rechtshängigkeit des Anspruches an läuft. Indem der K.-V. ermächtigt worden ist, den vom Gläubiger erhobenen Anspruch weiter zu verfolgen, kommt ihm die von diesem gewahrte Frist zu gute und braucht er lediglich zu beweisen, dass von dem einzelnen Gläubiger die gemäss § 3 Z. 2—4 zu berechnende Frist, nicht auch, dass die nach §§ 24 oder 25 einzuhaltende Frist gewahrt worden ist. Dagegen sind, wenn der K.-V. durch neue Klage oder durch Einrede eine von dem bisherigen Prozesse unabhängige Verfolgung des Anfechtungsrechtes einleitet, die Fristen nach §§ 24, 25 K.-O. zu berechnen.

5) Gewinnt der K.-V. den aufgenommenen Prozess, so hat der Gläubiger, welcher diesen Prozess begonnen hatte, einen vorweg zu berichtigenden Anspruch auf die Erstattung seiner bis zur Unterbrechung erwachsenen Prozesskosten aus demjenigen, was der K.-V. erstritten hat. Dieser Anspruch begründet nicht bloss eine Masseschuld, sondern er ist ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus einem bestimmten Teile der Masse. Diese würde sonst in ungerechtfertigter Weise bereichert sein, indem das durch den Prozess Erstrittene ganz in die Masse fliessen würde, während sie die hiefür aufzuwendenden Kosten nur zum Teile d. h. von der Aufnahme ab zu tragen hätte. Daraus folgt, dass die Erstattung der Prozesskosten aus der Masse an den Gläubiger nicht stattfindet, wenn der K.-V. die Aufnahme abgelehnt hat. Alsdann ist die Masse nicht bereichert. Für diese Auffassung spricht zugleich der Inhalt des 2. u. 4. Abs., insofern hier eine Weiterführung des unterbrochenen Prozesses hinsichtlich der Kostenpflicht schon während des Kv. zugelassen und damit die Erledigung der Kostenfrage unter den Parteien selbst ermöglicht wird.[2])

[1]) A. M.: v. Wilmowski S. 159 Bem. 2a Abs. 2 zu § 29 K.-O.

[2]) Willenbücher S. 282 Nr. 4.

6) Falls der K.-V. die Erklärung über Aufnahme oder Nichtaufnahme verzögert oder ausdrücklich verweigert, kommt § 217 der C.-P.-O. zu entsprechender Anwendung. Der Prozess kann nur gegenüber dem Anfechtungsgegner aufgenommen werden; folglich kann auch nur dieser den K.-V. zur Erklärung über die Aufnahme laden. Dagegen wäre das Betreiben der Aufnahme seitens des anfechtenden Gläubigers gegenstandslos, weil der K.-V. mit ihm nicht über die Aufnahme verhandeln könnte.[1]) Nur wenn der K.-V. auf Ladung des Anfechtungsgegners zur Verhandlung über die Aufnahme nicht erscheint oder im Termine nicht verhandelt, kann er durch Versäumnisurteil zur Aufnahme gezwungen werden. Falls er erscheint, darf er im Termine, wie aussergerichtlich, die Aufnahme ohne Begründung ablehnen; die Partei hat nur ein Recht darauf, zu erfahren, ob der K.-V. den Prozess aufnehmen will oder nicht.

III. Anfechtbarkeit. (Abs. 3.)

Ist zur Zeit der K.-E. das von einem einzelnen Gläubiger erlangte Urteil über den Anfechtungsanspruch ganz oder teilweise vollstreckt, so ist damit die Anfechtung dieses Erwerbes zugunsten der Masse an und für sich ausgeschlossen; der Gläubiger hat nur erlangt, was er zu beanspruchen hatte. Nur wenn der Gläubiger zu der Zeit, da er die Sicherung oder Befriedigung erhielt, von der Zahlungseinstellung oder K.-E. Kenntnis hatte, und wenn seine Forderung Konkursforderung, er selbst K.-Gl. ist (§ 23 Z. 1 Abs. 2), erscheint die Anfechtung als zulässig. Es ist dann nach dem klaren Wortlaute des Abs. 3 nur § 23 Z. 1 Abs. 2, nicht auch § 33 anzuwenden, obgleich der anfechtende Gläubiger seinen anfechtbaren Erwerb nicht unmittelbar vom Gemeinschuldner sondern von einer Person ableitet, deren Erwerb ebenfalls anfechtbar war. Ferner ist die Geltendmachung jedes andern Anfechtungsgrundes insbesondere diejenige des § 24 Z. 1 ausgeschlossen. Jene Voraussetzung wird nicht selten zutreffen, denn indem der Gläubiger den Anfechtungsanspruch geltend machte, musste er behaupten, dass die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolglos gewesen sei oder voraussichtlich erfolglos sein würde; dieser Zustand wird aber regelmässig darauf beruhen, dass der Schuldner in der That weder genügende Zahlungsmittel noch andere ausreichende Befriedigungsmittel hat und dass er aus diesem Grunde seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Hierin liegt nun eine allgemeine Zahlungseinstellung. Deshalb wird regelmässig anzunehmen sein, dass auch der Gläubiger hierin den Grund für die Erfolglosigkeit der Vollstreckung suchte, also wusste, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt habe. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn der Gläubiger einen besondern Grund zu der Annahme hatte, die Erfolglosigkeit der Vollstreckung beruhe darauf, dass der Schuldner die in genügender Menge vorhandenen Befriedigungsmittel beseitigt bezw. verheimlicht, zu gleicher Zeit aber andere Gläubiger bezahlt habe.

IV. Ausübung des Anfechtungsrechtes nach beendigtem Konkursverfahren.

1) Mit Beendigung des Kv., worunter sowohl die Einstellung als die Aufhebung zu verstehen ist, hört die Unterbrechung des Civilprozesses kraft Gesetzes (§ 218 C.-P.-O.) auf. Jeder Gläubiger kann nun seinen eigenen Anfechtungsanspruch selbständig im Prozesswege verfolgen, während die Anfechtung durch den frühern K.-V. selbst dann unzulässig ist, wenn sie erfolgt, um neue Vermögensgegenstände behufs einer Nachtragsverteilung herbeizuschaffen (Bem. 1 zu § 153).[2])

Die Verfolgung des Anfechtungsrechtes seitens der einzelnen Gläubiger kann durch Fortführung eines von dem Gläubiger eingeleiteten, aber unterbrochenen Prozesses geschehen,

[1]) Hartmann S. 254; Jäckel S. 239; Kranichfeld S. 59 Nr. 6; Otto S. 223. A. M.: v. Völderndorff Bd. 3 S. 208, 209 lit. g.

[2]) A. M.: Cosack S. 363 Anm. 4; Hartmann S. 261; Korn S. 35; Otto S. 155; v. Völderndorff Bd. 3 S. 213 Anm. 4.

welchen der K.-V. entweder nicht aufgenommen hat oder doch nicht zu Ende führte. Dagegen kann der einzelne Gläubiger nicht einen unbeendigten Anfechtungsprozess fortführen, den nicht er selbst begonnen hatte (Bem. 2 zu § 29).[1]) Wenn der Gläubiger den vor der K.-E. von ihm begonnenen Prozess fortsetzt, muss ohnehin die nach § 3 Z. 2—4 einzuhaltende Frist vom Tage des Eintrittes der Rechtshängigkeit ab gerechnet werden; die Anfechtbarkeit wird also durch den Zeitverlust nicht berührt. Für die Fälle aber, in welchen der Gläubiger eine vor K.-E. vorgenommene Rechtshandlung durch Erhebung einer neuen Klage bezw. durch Vorbringen einer Einrede nach Beendigung des Kv. anfechten will, gewährt das Gesetz eine erweiterte Frist unter der Voraussetzung, dass der Anfechtungsanspruch innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Kv. im Sinne des § 3 Anf.-Ges. (Bem II. zu § 3) rechtshängig gemacht wird. Die Erweiterung besteht darin, dass die Fristen des § 3 Z. 2—4 nicht vom Tage der Rechtshängigkeit, sondern vom Tage der K.-E. ab berechnet werden, so dass der einzelne Gläubiger nach Beendigung des Kv. alle Handlungen anfechten kann, die der K.-V. auf Grund der §§ 24, 25 der K.-O. hätte anfechten können.

2) Das Anfechtungsrecht kann jedoch nach Beendigung des Kv. nur insofern verfolgt werden, als nicht der Anfechtungsgegner Einreden gegen den K.-V. erlangt hat. Solche Einreden ergeben sich insbesondere aus rechtskräftiger Erledigung eines Anfechtungsprozesses seitens des K.-V.[2]) oder aus Vergleichen, welche dieser über die Pflicht zur Rückgewähr geschlossen hat. Dagegen begründet die blosse Ablehnung der Anfechtung eine Einrede nicht.[3]) Hat der K.-V. die Unanfechtbarkeit ausdrücklich anerkannt und die hieraus entstandenen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners erfüllt, so ist damit auch eine Einrede gegenüber den einzelnen Gläubigern und zwar selbst dann geschaffen, wenn der K.-V. die Rechte der letztern ausdrücklich vorbehalten hatte.[4]) Auch die Einrede der Verjährung aus § 34 K.-O. kann dem einzelnen Gläubiger nach Beendigung des Kv. nicht entgegengehalten werden. Dies ergiebt sich für die Fälle des § 3 Z. 2 – 4 aus der Fristerstreckung in Abs. 4, welche unbedingt also auch für den Fall gewährt ist, dass der K.-V. den Anfechtungsanspruch nicht geltend gemacht hat. Die Fristerstreckung wäre meistens gegenstandslos, wenn zugleich § 34 zur Anwendung käme. Da der K.-V. das von ihm ausgeübte Anfechtungsrecht regelmässig bis zur vollständigen Erledigung verfolgen wird, würden ferner die Gläubiger bei Anwendung des § 34 mit der nachträglichen Anfechtung auf solche Fälle beschränkt sein, in welchen nicht nur der K.-V. das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt hat, sondern auch das Kv. kürzere Zeit dauerte als ein Jahr, wogegen wieder die unbedingte Fristerstreckung spricht. Wenn hiernach für die Fälle des § 3 Z. 2 – 4 die dortigen Fristen in ihrer durch § 13 Abs. 4 verfügten Ausdehnung maassgebend bleiben, so muss auch für die Fälle des § 3 Z. 1 die zehnjährige Frist des § 12 Anf.-Ges. gelten; es bleibt sohin für die Anwendung des § 34 K.-O. kein Raum (vgl. Mot. zu § 34 K.-O. S. 154, aber auch die Mot. zu § 13 Anf.-Ges. S. 32).[5]) Der Vorbehalt der gegen den K.-V. erlangten Einreden kann natürlich nur für die Anfechtung solcher Rechtshandlungen gelten, die vor der K.-E. vorgenommen worden sind und bezüglich deren der K.-V. das Anfechtungsrecht ausüben konnte. Insoweit wirkt der Vorbehalt jedoch sowohl gegen die K.-Gl. als gegen diejenigen, welche erst nach der K.-E. eine Forderung erworben haben.[6])

[1]) Cosack S. 362; Hartmann S. 256, 257; Meisner S. 476 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. 3 S. 213; Willenbücher S. 282 Nr. 6.

[2]) R.-G. (III.) 16. April 1889, Bolze Bd. 7 Nr. 1160.

[3]) Willenbücher S. 282 Nr. 6.

[4]) O.-L.-G. Stuttgart 3. Dez. 1885, Württ. Jahrb. Bd. 2 S. 4.

[5]) Hartmann S. 258, 259. A. M.: Jäckel S. 244; Meissner S. 477; v. Sarwey S. 140; v. Völderndorff Bd. 3 S. 214.

[6]) v. Völderndorff Bd. 3 S. 216; v. Wilmowski S. 559 Nr. 3.

Abgesehen von den Einreden wird der einzelne Gläubiger bei Fortführung eines von ihm begonnenen und von dem K.-V. aufgenommenen aber nicht beendigten Prozesses durch die prozessuale Lage beschränkt, welche der K.-V. mit seiner Prozessführung geschaffen hat.

§ 14.

Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reiches gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreites die Vorschriften der bisherigen Gesetze maassgebend.

(E. § 13; M. S. 33, 34.)

Bei den innigen Beziehungen zwischen Anf.-Ges. und K.-O. mussten beide Gesetze an einem Tage in Kraft treten (Abs. 1). Abs. 2 u. 3 enthalten Übergangsbestimmungen, welche jetzt keine praktische Bedeutung mehr haben. Hinsichtlich des Abs. 2 vgl. die entsprechende Vorschrift im § 9 E.-G. z. K.-O. und die Bem. hierzu; Abs. 3 diente zum Schutze erworbener Rechte; nach dem frühern Rechte bestimmen sich in solchen Fällen nicht nur die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit, sondern auch der Begriff der Rechtshängigkeit und der Einfluss der K.-E. auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen ausserhalb des Kv.

Nachträge

zur

Konkursordnung.[1]

§ 1.

S. 4 Bem. I. 2 nach Anm. 6: Schuster, Urheberrecht in der österreich. Gerichtszeitung 1891 S. 201 ff., bes. S. 227.

S. 7 Bem. II. 2: Altenteilsleistungen, welche nicht in Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht (§ 749 Z. 2 C.-P.-O.) erfolgt sind, gehören zur Masse; R.-G. (III.) 16. Dez. 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 Nr. 241 u. Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 5 S. 93.

S. 7 Bem. II. a. E.: Eisenbahnfahrbetriebsmittel gehören zur Masse.

S. 8 Bem. III. 2b.: Der Abschluss eines Versicherungsvertrages zugunsten einer bestimmten Person, z. B. der Ehefrau, verschafft dieser bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers keinerlei Rechte auf die Versicherungssumme, sondern nur ein bedingtes Bezugsrecht; denn die Erklärung des Versicherungsnehmers ist widerruflich. Das Recht des Versicherungsnehmers aus der Police und mit demselben auch das Recht des Widerrufes gehört nach der K.-E. zur Masse und kann vom K.-V. ausgeübt werden. Der letztere kann den Vertrag auch durch Zahlung der weiteren Prämien fortsetzen (Bem. I. 2 zu § 15); R.-G. (VI.) 23. März 1891, R.-Anz., Beil. S. 286 ff., bes. S. 288, 289; Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 333 ff.; Frankf. Rundschau 1891 S. 191 ff., bes. S. 195 ff.

S. 8 Bem. III. 2b.: Ob mit dem Tode derjenigen Person, zu deren Gunsten die Versicherung ursprünglich erfolgte, das bedingte Bezugsrecht auf deren Erben übergeht, hängt vom Willen des Versicherungsnehmers ab und ist daher eine Frage der Auslegung dieses Willens und des einzelnen Falles. R.-G. (III.) 18. Dez. 1891, Gruchot Bd. 36 S. 455 u. Sächs. Arch. Bd. 2 S. 11.

§ 2.

S. 18 Bem. I. 3: Die Befugnisse des K.-Gl. können auch durch denjenigen ausgeübt werden, welchem die Konkursforderung durch Vertrag verpfändet wurde; so insbesondere das Stimmrecht und die Befugnis zum Eröffnungsantrag; vgl. S. 350 Anm. 3 u. Nachtr. zu S. 364 Bem. III. 1. Ebenso verhält es sich mit der Anmeldung, vgl. Oetker, die Stellung des Forderungspfandgl. S. 9 ff.

[1]) Wenn hier auf eine Entscheidung ohne Inhaltsangabe verwiesen wird, so bedeutet das, dass die Entscheidung den nämlichen Satz aufstellt wie der Text, auf welchen sich die eingangs bezeichnete Bem. oder Anm. bezieht; der Zusatz „a. M." weist darauf hin, dass die nachgetragene Entsch. von der im Text vertretenen Meinung abweicht.

§ 3.

S. 26 nach Anm. 4: Wenn der Gerichtsvollzieher den auf Betreiben des Absonderungsberechtigten eingezogenen Betrag auf Verlangen des K.-V. zur Masse abgeliefert hat, so muss der letztere die abgesonderte Befriedigung des Berechtigten bewirken (vgl. Bem. 1 zu §§ 116 ff. S. 396 Anm. 5). R.-G. (II.) 6. Febr. 1891, Bolze Bd. 11 Nr. 169.

S. 27 Anm. 2: R.-G. (III.) 29. Jan. 1884, (I.) 5. Juli 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 882; O.-L.-G. Karlsruhe 29. Nov. 1889, bad. Ann. Bd. 57 S. 17 ff.

S. 27 nach Anm. 2: Ebenso wird die nachträgliche Geltendmachung eines Absonderungsrechtes nicht dadurch gehindert, dass die Forderung zunächst als einfache Konkursforderung festgestellt wurde; O.-L.-G. Karlsruhe 29. Nov. 1889, bad. Ann. Bd. 57 S. 17 ff.

S. 27 Anm. 3: R.-G. (V.) 19. Nov. 1890, Gruchot Bd. 35 S. 1167; das Urteil erklärt jedoch die Annahme eines Verzichtes für unzulässig, wenn die Umstände des einzelnen Falles erkennen lassen, dass der Verzichtswille bei Annahme der Zwangsvergleichssumme fehlte.

S. 27 Anm. 4: R.-G. (II.) 18. Nov. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 17 S. 136 erklärt, dass nach rhein. Rechte die Berufung auf Irrtum das Anerkenntnis des Absonderungsrechtes nicht entkräftet.

§ 5.

S. 30 Anm. 1: Fischer in Buschs Z. Bd. 10 S. 422.

S. 32 Anm. 4: O.-L.-G. Dresden 10. März 1891, Ann. d. sächs. O.-L.-G. Bd. 12 S. 456.

S. 32 Anm. 5: A. M. noch R.-G. (V.) 30. März 1892, Jur. Woch. S. 271 Nr. 9.

S. 32 nach Anm. 9: Der Gemeinschuldner kann gegen den K.-V. auf Herausgabe von Gegenständen klagen, welche zur Masse gezogen wurden, obwohl sie nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Ldg. Plauen 9. Nov. 1891, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 112, 113, vgl. §§ 35 ff. Vorb. 2.

S. 33 Anm. 2: bayr. ob. Landesger. 16. April 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 242.

S. 34 Anm. 3: Ebenso noch Eccius, Preuss. Privatr. 6. Aufl. Bd. 1 §§ 19 und 116 S. 103, 797 ff.; Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 51, 112, 314; Stegemann in Buschs Z. Bd. 17 S. 326 ff., bes. 359, 372 ff. und R.-G. (V.) 30. März 1892, Jur. Woch. S. 271 Nr. 9.

S. 35 Anm. 3: So auch R.-G. (V.) 30. März 1892 a. a. O.

S. 37 Bem. III. Zeile 22 v. ob.: Der Gemeinschuldner kann daher in Anfechtungsprozessen nicht Zeuge sein. A. M.: R.-G. (III.) 10. Mai 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 872; (VI.) 16. Febr. 1891, Gruchot Bd. 35 S. 1166; (V.) 30. März 1892, Jur. Woch. S. 271 Nr. 9.

S. 45 Anm. 2: R.-G. (IV.) 24. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 511.

S. 49 Anm. 1 u. 5: A. M.: R.-G. (V.) 30. März 1892 a. a. O.

§§ 8 ff.

S. 50 Bem. I. 3: Vgl. Nachtr. zu S. 56.

S. 50 Bem. I. 4: Auch das Kostenfestsetzungsverfahren wird durch K.-E. unterbrochen. R.-G. (III.) 11. März 1892, Jur. Woch. S. 204.

S. 50 Bem. I. 4 Abs. 1: Die Zustellung eines vor K.-E. verkündeten Urteils ist nach der K.-E. während der Dauer der Unterbrechung des Verfahrens nicht zulässig. Daher darf nach Aufnahme des Verfahrens ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil nur eingelegt werden, wenn gleichzeitig mit der Aufnahme oder nach der Aufnahme, insbesondere gleichzeitig mit der Einlegung des Rechtsmittels die Zustellung des Urteils erfolgt. Den Beweis für die Gültigkeit der am Tage der K.-E. bewirkten Zustellung hat diejenige Partei zu erbringen, welche sich darauf beruft. R.-G. (I.) $\frac{\text{11. Okt.}}{\text{6. Nov.}}$ 1890, Entsch. Bd. 27 S. 350 ff., bes. S. 353, 354.

S. 51 nach Anm. 3: Ein Rechtsstreit über die Gegenforderung des Beklagten (späteren Gemeinschuldners) ist nicht für den Beklagten anhängig, wenn er seine Gegenforderung nur einredeweise geltend gemacht hatte. Denn die Wirkung dieses Prozesses ist bei einem für den Beklagten günstigen Ausgang nicht die, dass eine selbständige, die Aktivmasse vermehrende Forderung des Gemeinschuldners anerkannt würde, sondern nur die, dass die Klageforderung beseitigt und hierdurch die Passivmasse beeinflusst wird. Die Gegenforderung bildet hier nicht den Gegenstand eines selbständigen Prozesses und deshalb ist § 8 nicht anwendbar. R.-G. (VI.) 23. April 1891, Jur. Woch. S. 273; vgl. auch O.-L.-G. Dresden 5. März 1891, Säch. Arch. Bd. 1 S. 665 ff., bes. S. 669.

S. 51 Bem. I. 5 Abs. 1: Der V. C.-S. des R.-G. hat in einem Urteile vom 30. März 1892 (Jur. Woch. S. 271 Nr. 9) ausgeführt, dass der Gemeinschuldner, obgleich der K.-V. sein Vermögen verwalte, in den von diesem geführten Prozessen nicht Partei sei; von welchem Parteibegriff dieser Senat ausgeht, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich, ebensowenig, ob auch bezüglich der von dem K.-V. vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht angenommen wird, dass sie in Vertretung des Gemeinschuldners abgeschlossen werden. Diese Annahme lässt auch unerklärt, wie das auf den Namen des K.-V. als Partei gestellte Urteil zugunsten und gegen die Masse soll vollstreckt werden können; sie würde ferner dazu nötigen, dass dem K.-V. im Falle des Unterliegens die Kosten aufgebürdet werden (§ 87 C.-P.-O.), während diese Kosten doch die Masse treffen (§ 52 Z. 1 K.-O.). Stegemann, der in Buschs Z. Bd. 17 S. 364 ff. diese Schwierigkeiten zu beseitigen sucht, setzt sich über § 87 C.-P.-O. hinweg und nimmt die Ausdehnung der Vollstreckbarkeit auf den nicht als Partei anerkannten Gemeinschuldner bezw. auf sein zur Masse gehöriges Vermögen auf Grund eines willkürlich aus § 73 Abs. 4 der C.-P.-O. abgeleiteten allgemeinen Grundsatzes an.

S. 51 Bem. I. 5 Abs. 2: Die Aufnahme des über eine Aktivforderung der Masse schwebenden Prozesses ist ein Rechtsgeschäft des K.-V., durch welches die Masse auch für die bereits vor K.-E. entstandenen Kosten haftbar gemacht wird; die Kosten sind also durchweg Massekosten. O.-L.-G. Frankfurt 17. Juli 1890, Frankf. Rundschau 1891 S. 135 ff. Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 381.

S. 51 Anm. 5: So auch das R.-G. (V.) in dem mehrfach erwähnten Urteile vom 30. April 1892.

S. 51 Anm. 6: O.-L.-G. Hamburg 27. Sept. 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 215 u. Hans. Gerichtsz. Bd. 12 (Beibl.) S. 36.

S. 52 Anm. 4: Kleinfeller in den Verhandlungen des 22. deutschen Juristentags Bd. 1 S. 93, 94.

S. 52 Anm. 5: A. M. auch R.-G. (V.), Urt. v. 30. April 1892, Jur. Woch. S. 271 Nr. 9.

S. 52 a. E. Bem. I. 6: Der Gemeinschuldner ist nicht berechtigt, dem K.-V. in einem Rechtsstreit betr. die Feststellung einer Konkursforderung als Nebenintervenient beizutreten. Selbst wenn er nicht Partei wäre, würde die Unzulässigkeit daraus folgen, dass sein persönlicher Widerspruch die Feststellung nicht hindern kann. R.-G. (II.) 16. Sept. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 422, Jur. Woch. S. 465, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 382 u. Jur. Z. f. E.-L. Bd. 17 S. 40.

S. 53 Bem. I. 7: Der K.-V. darf nach Aufhebung des Kv. in einem von ihm eingeleiteten Prozess regelmässig nicht mehr ein Rechtsmittel einlegen, weil seine Vertretungsbefugnis erloschen ist. R.-G. (II.) 6. März 1891, Jur. Woch. S. 250, 251. Wenn jedoch der Prozess Beträge betrifft, welche bei der Schlussverteilung zurückbehalten wurden, so dauert in Bezug auf einen solchen Prozess die Vertretungsbefugnis des K.-V. auch nach Aufhebung des Kv. fort. R.-G. (IV.) 17. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 472.

S. 53 Bem. I. 7: Vgl. noch Bem. III. 1 a. E. zu §§ 149 ff., Bem. II. 1 a. E. zu §§ 178 ff., Bem. zu § 192.

S. 54 Bem. II. 1: Die Aufnahme hat bei demjenigen Gerichte zu erfolgen, bei welchem der Rechtsstreit zur Zeit der K.-E. anhängig ist. War vor dieser ein Endurteil verkündet, aber noch nicht zugestellt, so ist die Aufnahme und das Verfahren nach § 217

C.-P.-O. bei dem Gerichte zu betreiben, von welchem das Urteil erlassen wurde. War das Urteil vor der K.-E. bereits zugestellt, so ist für die Aufnahme zum Zwecke der Rechtsmitteleinlegung dasjenige Gericht zuständig, welches über das Rechtsmittel zu entscheiden hat. R.-G (I.) $\frac{11.\ \text{Okt.}}{5.\ \text{Nov.}}$ 1890, Entsch. Bd. 27 S. 350 ff., bes. S. 355 ff.

S. 54 Bem. II. 1: Wenn das Urteil schon vor der K.-E. zugestellt ist, so muss die Aufnahme gemäss § 217 C.-P.-O. bei dem höheren Gerichte betrieben werden, auch wenn noch kein Rechtsmittel eingelegt, das höhere Gericht also noch nicht mit der Sache befasst ist und deshalb keine Ladung zur Verhandlung über die Hauptsache (§ 217 Abs. 2) erfolgen kann. R.-G. (V.) 30. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 486 u. Gruchot Bd. 36 S. 470 mit dem Datum 26./29. Sept. 1891.

S. 54 Bem. II. 1: Die Entscheidung, welche gemäss § 217 über die Aufnahme ergeht, ist Zwischenurteil. R.-G. (I.) $\frac{11.\ \text{Okt.}}{5.\ \text{Nov.}}$ 1890, Entsch. Bd. 27 S. 355 ff.; (V.) 30. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 486.

S. 56 Bem. III: Vgl. noch Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 201 ff., 444 ff.

S. 56 Anm. 3: R.-G. (III.) 22. Jan. 1892, Jur. Woch. S. 162, 163.

S. 56 nach Anm. 3: Wenn der Gläubiger trotz der K.-E. gegen den Gemeinschuldner persönlich klagt, braucht er seiner Klage nicht die Beschränkung beizufügen, dass der Beklagte nur zur Zahlung nach Aufhebung des Kv. verurteilt werden soll. R.-G. (III.) 22. Jan. 1892 a. a. O. A. M.: O.-L.-G. Frankfurt (ohne Datum), Frankf. Rundschau 1891 S. 208 ff. Aber der Gemeinschuldner kann seinerseits verlangen, dass der Verurteilung jene Beschränkung beigefügt werde. R.-G. (III.) 22. Jan. 1892 a. a. O.

S. 56 nach Anm. 4: Bezüglich der Zustellung s. die Anm. 3 auf S. 50.

S. 57 Bem. III. a. E.: Nach der K.-E. über das Vermögen des Kostenschuldners ist das Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 98 ff. C.-P.-O.) unzulässig, gleichviel ob der Festsetzungsantrag der K.-E. vorausging oder nachfolgte; nach dieser ist sogar die Zustellung des noch vor der K.-E. erlassenen Festsetzungsbeschlusses unzulässig; Senst in Z. f. Gerichtsvollz. Bd. 5 S. 10 ff.

§ 11.

S. 57 ff. Bem. 1 u. 2: Vgl. noch Oetker, Grundbegr. Bd. 1 S. 202 ff., 445 ff.

S. 57 Anm. 2: s. Nachtr. zu S. 56 nach Anm. 3.

S. 58 Bem. 1 a. E.: Die Eintragung von Vorbemerkungen vollstreckbarer Forderungen im Grundbuch ist nach dem preuss. Ges. v. 13. Juli 1883 betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen als Vollstreckungshandlung anzusehen und deshalb nach der K.-E. unzulässig. R.-G. (V.) 16. Sept. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 283. A. M.: Rothenberg in Gruchot Bd. 35 S. 753 ff., bes. S. 793, weil es sich hier um Zwangsvollstreckung gegen die Person des Schuldners behufs Abgabe einer Willenserklärung handle, während § 11 nur die Zwangsvollstreckung in das Vermögen treffe und § 12 nur die Wirkung des Eintrages beschränke.

S. 58 Anm. 7: Das Urt. des R.-G. (IV.) 3. Juli 1890 steht auch bei Bolze Bd. 10 Nr. 887.

§ 12.

S. 60 Anm. 2: R.-G. (V.) 16. Sept. 1891, Jur. Woch. S. 470 ff. erklärt für das preuss. Recht, die Vorlage des Eintragungsgesuches habe noch nicht die Wirkung der Eintragung.

S. 61 Bem. 3 Abs. 1: Vgl. Rothenberg in Gruchot Bd. 35 S. 793.

S. 61 Bem. 3 Abs. 2: Vgl. hierzu R.-G. (V.) 18. Febr. 1891, Bolze Bd. 11 Nr. 69 u. Gruchot Bd. 35 S. 1020. Für das preuss. Recht wird hier noch bemerkt, das die sog. Prioritätscession nur obligatorische Wirkung habe.

§ 14.

S. 64 Bem. 2: Die Kosten eines Beschlusses, durch welchen auf Antrag der Ehefrau die Gütergemeinschaft aufgelöst wird, fallen nicht der Masse zur Last. O.-L.-G. Colmar 30. Juni 1890, Puchelts Z. Bd. 22 S. 315.

§ 15.

S. 67 Anm. 2: R.-G. (VI.) 23. März 1891, R.-Anz. S. 67, bes. Beil. S. 286 ff., bes. S. 288, 289, Frankf. Rundschau S. 191, bes. S. 195 ff.

S. 69 Bem. I. 3 Abs. 2: Soweit die Eintragung des Eigentums im Grundbuch zur Vertragserfüllung auf Seite des Verkäufers gehört, kann der Käufer nach erfolgter K.-E. über das Vermögen des Verkäufers den K.-V. nicht zur Bewilligung der Eintragung zwingen. O.-L.-G. Dresden 4. April 1891, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 101.

S. 70: Die Überschrift zu Bem. I. 5 sollte auf S. 71 oben stehen.

S. 71 Anm. 1: O.-L.-G. Jena 6. Mai 1889, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 124 ff. u. Thür. Bl. Bd. 38 S. 140.

S. 71 nach Anm. 1: Der Bürge für die Leistung aus einem zweiseitigen Vertrage bleibt für die Erfüllung und für eine etwaige Ersatzforderung auch dann verhaftet, wenn der K.-V. im Konkurse des Hauptschuldners sich für die Nichterfüllung entschieden hat. O.-L.-G. Jena a. a. O.

S. 71 Bem. I. 5: Gegenüber dem K.-V., welcher von dem Rechte, zu erfüllen, keinen Gebrauch macht, kann sich der andere Teil nicht auf den Vertrag berufen, auch wenn es sich um eine Eigentumsklage des K.-V. handelt. R.-G. (VI.) 5. Nov. 1891, Jur. Woch. 1892 S. 15 Nr. 16.

§ 20.

S. 85 Bem. 1: Vgl. noch Reichsges. betr. das Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 § 15 Z. 3.

S. 85 Bem. 3a: Die Vorschrift des § 197 preuss. A.-L.-R. I. 13 ist durch die K.-O. nicht berührt. R.-G. (VI.) 22. Jan. 1891, Entsch. Bd. 27 S. 248.

§§ 22 ff.

S. 94 Anm. 2 u. 4: R.-G. (VI.) 29. Jan. 1891, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 378 ff. u. Gruchot Bd. 35 S. 1159 ff.

§ 22.

S. 100 Bem. II. 1: Da die Anfechtungsgründe nicht gleichwertig sind (vgl. S. 103 unt. u. N.) und da § 230 Z. 2 die bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs fordert, muss der K.-V. in der Anfechtungsklage denjenigen gesetzlichen Thatbestand namhaft machen, welcher jeweils erfüllt ist und die Anfechtung begründen soll; Berufung auf §§ 22 ff. schlechtweg genügt nicht. R.-G. (II.) 28. Okt 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264 d, Jur. Z. f. E.-L. J. 16 S. 88, 89.

S. 100 Anm. 4: O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 106 ff.

S. 103 Text vor Anm. 5: Übergang von der Anfechtung aus § 24 Z. 1 u. 2 auf die Anfechtung aus § 25 Z. 1 ist Klageänderung. O.-L.-G. Köln 19. Nov. 1880, rhein. Arch. Bd. 82 I. S. 65.

S. 107 Bem. III. 2 a. E.: Vgl. noch O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1889, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 15 S. 106 und S. 138 Anm. 8.

S. 107 Anm. 2: Das Urt. des R.-G. (II.) 11. März 1890 steht auch in Entsch. Bd. 25 S. 63. In dems. Sinne: R.-G. (III.) 11. März 1891, Schl.-Holst.-Anz. 1892 S. 133.

S. 109 Anm. 1: R.-G. (II.) 19. Juni 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 433 ff.

§ 23.

S. 114 Anm. 7 u. Text nach Anm. 7: R.-G. (VI.) 7. Apr. 1892, Jur. Woch. S. 238, 239.

S. 115 nach Anm. 2: Ein Schuldner, welcher die zur Zahlung fälliger Schulden erforderlichen Geldmittel nicht aus den regelmässigen Geschäftseinnahmen entnehmen kann, befindet sich deshalb noch nicht im Zustande der Zahlungseinstellung. R.-G. II. Strafsen. 9. Juni 1891, Goltdammers Arch. Bd. 39 S. 230.

S. 116 Anm. 2: R.-G. (VI.) 23. März 1891, R.-Anz. bes. Beil. S. 280 ff. bes. 282.

S. 119 Bem. II. 2 Abs. 1: Eine Benachteiligung, welche dadurch eingetreten ist, dass der Gemeinschuldner den dem wahren Wert entsprechenden Kaufpreis vor der K.-E. wieder verausgabt hat, kommt nicht in Betracht. R.-G. (VI.) 5. Febr. 1891, Entsch. Bd. 27 S. 98 ff.

S. 119 Anm. 3: Das Urteil des R.-G. v. 21. März 1889 steht auch in Seuffert, Arch. Bd. 45 S. 164.

S. 119 Bem. II. 2 Abs. 2: Durch Veräusserung eines Grundstücks werden die K.-Gl. nicht benachteiligt, wenn dessen Wert nicht einmal die Hypotheken deckt. R.-G. (VI.) 27. Okt. 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264c.

S. 119 Bem. II. 2 Abs. 2: Benachteiligung liegt nicht vor, wenn das Rechtsgeschäft nur die Wiederherstellung des früheren durch ein simuliertes Geschäft beseitigten Zustandes bezweckt. R.-G. (VI.) 2. April 1889, Bolze Bd. 10 Nr. 252. Eine solche ist ferner nicht gegeben, wenn das Geschäft (Rückcession) die Wiederherstellung des früheren Zustandes deshalb bezweckt, weil dessen Abänderung (durch Cession) unter einer Bedingung erfolgt war, welche nicht eingetreten ist. R.-G. (VI.) 14. Mai 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 260.

S. 119 Bem. II. 2 Abs. 2: Die Übertragung eines Konnossements zur Sicherung vorgeschossener Frachtauslagen enthält eine Benachteiligung nicht, weil der Erwerb der Waare durch die Übertragung des Konnossements bedingt war. O.-L.-G. Oldenburg 29. Apr. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 155, 156.

S. 120 Anm. 1: O.-L.-G. Köln nach Klöppel in Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 91.

S. 122 Anm. 1: R.-G. (VI.) 29. Jan. 1891, R.-Anz. bes. Beil. S. 155 ff., bes. 157. Vgl. auch noch Pfizer, Anti-Seuffert (1891) Abschn. 18.

S. 122 Bem. II. 3: Der zweite Satz des § 23 Z. 1 betrifft eine Sicherung oder Befriedigung für eine Forderung des Anfechtungsbeklagten, die bereits zu der Zeit bestanden hat, in welcher Sicherung oder Befriedigung gewährt wird. R.-G. (III.) 25. April 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 257.

S. 123 Anm. 3 gehört nicht zum letzten, sondern zum vorletzten Satz d. Bem. III. 1 Abs. 1; die Entsch. v. 29. Jan. 1891 steht auch in Gruchot Bd. 35 S. 1159 ff.

S. 124 Bem. III. 2 Abs. 2: Wenn im Versprechen einer Sicherheit zugleich das Versprechen einer Befriedigung liegt, so kann die Anfechtung nicht deshalb erfolgen, weil der Gläubiger auf die Befriedigung keinen Anspruch gehabt habe, sondern nur nach § 23 Z. 1: R.-G. (III.) 25. April 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 256.

S. 124 Bem. III. 2 Abs. 2 a. E.: Die verfrühte Zahlung ist auch dann anfechtbar, wenn sie nicht durch den Schuldner selbst, sondern durch einen Dritten in der Weise mit Willen des Schuldners erfolgte, dass dieser dem Dritten eine Hypothek bestellte, damit er aus dem Erlöse der Hypothek Wechselgläubiger bezahle. R.-G. (III.) 24. Okt. 1890, Bolze Bd. 11 Nr. 163 u. R.-Anz. 1891, bes. Beil. S. 1 ff.

S. 125 Anm. 2: A. M.: R.-G. II. Strafsen. 9. Juni 1891, Goltdammers Arch. Bd. 39 S. 230.

S. 125 Anm. 3: R.-G. III. Strafsen. 24. Febr. 1890, Jur. Woch. S. 108.

S. 125 nach Anm. 4: Durch Wechselbegebung erlangt der Wechselnehmer in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung das Recht der Einziehung, das ihm der Wechselgeber nicht mehr durch Widerruf entziehen kann. Daher ist bei Unanfechtbarkeit

des Wechselbegebungsvertrages weder die Einholung des Accepts noch die Einziehung des Wechselbetrages aus § 23 Z. 2 anfechtbar: R.-G. (II.) 22. Apr. 1892, Jur. Woch. S. 273 Nr. 17.

S. 125 Bem. III, 2: Besteht über die Identität einer Illaten- und einer Darlehensforderung kein Zweifel, so kann in dem Umstande allein, dass der Schuldgrund der hypothekarisch versicherten Forderung als Darlehen bezeichnet wurde, kein Grund zur Anfechtung der Pfandbestellung, sei es aus § 23 Z. 2, sei es aus § 25 Z. 2 abgeleitet werden. Das Recht der Beklagten auf Sicherstellung wird nicht dadurch überschritten, dass an Stelle der Illatenforderung eine gleichfalls Illateneigenschaft tragende Darlehensforderung gesetzt und für diese Hypothek bestellt wird: R.-G. (III.) 20. Juni 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264.

S. 126 nach Anm. 2: Auf die in der Begebung eines Wechsels liegende Sicherung hat der Bankier gegenüber dem Kaufmann, welchem er im Kontokorrentverkehr Kredit gewährt, auch dann keinen Anspruch, wenn in längerer Geschäftsverbindung der Kaufmann dem Bankier regelmässig die in seinem Geschäftsbetrieb vorkommenden Wechsel zur Deckung der ihm aus dem Kredit erwachsenden Verpflichtungen übergeben hat. A. M.: O.-L.-G. Köln 21. Dez. 1891, Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 91 u. Rhein. Arch. 84 I S. 61. Über die Anfechtbarkeit eines einzelnen in der Kontokorrentforderung berücksichtigten Rechtsgeschäfts vgl. S. 157, 434.

S. 126 Anm. 6: R.-G. (VI.) 23. März 1891, R.-Anz., bes. Beil. S. 280.

§ 24.

S. 129 Bem. I. 3a: Die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und seines Vertragsgenossen braucht nicht gegen bestimmte Gläubiger gerichtet zu sein. O.-L.-G. Colmar 23. Jan. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 343 ff.

S. 130 nach Anm. 5: Unter Berufung auf ein Urteil des R.-G. (II.) 1. Febr. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 9 ff. bes. 17 erklären neuere Entscheidungen, bei Deckungsgeschäften genüge das Bewusstsein, dass eine Benachteiligung eintreten würde, nicht, und die Absicht dürfe nur dann angenommen werden, wenn die Benachteiligung geradezu der Zweck des Geschäftes war; so R.-G. (VI.) 26. Febr. 1891, Jur. Woch. S. 200; O.-L.-G. Köln 21. Apr. u. 29. Mai 1891, rhein. Arch. Bd. 83 I. S. 79, vgl. noch Nachtrag zu S. 136 Anm. 1. Ebenso hat das R.-G. (VI.) 14. Apr. 1890 entschieden: Wenn der Ehemann mit dem im Eigentum seiner Frau stehenden Gelde ein Darlehen gebe und zwar aus Versehen im eigenen Namen statt im Namen seiner Frau, so könne die Übertragung der Darlehensforderung durch den Ehemann auf einen Dritten aus § 24 Z. 1 nur dann angefochten werden, wenn die Benachteiligung der Gläubiger Zweck des Geschäftes gewesen sei; Bolze Bd. 10 Nr. 254, 255. Eine derartige Beschränkung geht zu weit. Einen so allgemeinen Satz hat auch der II. Sen. a. a. O. nicht aufgestellt; er hat vielmehr nur zur Vorsicht bei Annahme der Absicht gemahnt und das Vorhandensein des Benachteiligungszweckes nur als besonders deutliches Erkennungsmerkmal, nicht als Bedingung für die Annahme der Absicht hingestellt. Im letzteren Sinne neuerdings auch R.-G. (VI.) 25. Juni u. 30. Nov. 1891, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 285 ff., Jur. Woch. 1892 S. 59.

S. 130 nach Anm. 8: Dass der Schuldner die Schuldurkunde mit der sofortigen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung auf Drängen des Gläubigers unterzeichnet hat, schliesst die Benachteiligungsabsicht nicht aus. R.-G. (VI.) 26. Febr. 1891, Bolze Bd. 11 Nr. 170.

S. 131 Anm. 2: O.-L.-G. Karlsruhe 4. Juni 1891, bad. Ann. Bd. 57 S. 291 ff.

S. 132 Bem. I. 3b a. E.: Es ist unschädlich, wenn zwar der Vertragsgenosse des Schuldners glaubt, dieser wolle seine Gläubiger benachteiligen, letzteres aber in der That nicht der Fall ist. O.-L.-G. Colmar 23. Jan. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 343 ff.

S. 133 Anm. 6: R.-G. (III.) 25. Apr. 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 258.

S. 134 Anm. 2: R.-G. (VI.) 23. Febr. 1891, Bolze Bd. 11 Nr. 172, Gruchot Bd. 35 S. 1163 ff. u. R.-Anz., bes. Beil. S. 226.

S. 134 Anm. 5: S. auch Gruchot Bd. 33 S. 1105, das Urt. ist v. 21. März 1889, nicht 1890.

S. 136 Anm. 1: R.-G. (VI.) 8. Okt. 1891, Jur. Woch. S. 511, Nr. 11. A. M.: O.-L.-G. Jena 10. März 1890, Thür. Bl. Bd. 38 S. 50 ff. Das R.-G. fordert jedoch in diesem Fall, dass die Benachteiligung der eigentliche Zweck des Handelns gewesen sei; vgl. oben Nachtr. zu S. 130 nach Anm. 5

S. 137 Bem. II.: Benachteiligung im Sinne von § 24 Z. 2 ist gegeben, wenn die für ein Darlehen zugesicherte Hypothek erst nach Empfang des Darlehens bestellt wurde, weil dann der Schuldner durch diese Vertragserklärung keinen Gegenwert erhalten hat; es kommt dann nicht darauf an, ob der geliehene Betrag sich zur Zeit der Hypothekbestellung noch im Besitz des Schuldners befand und was daraus geworden ist. R.-G. (VI.) 23. Febr. 1891, Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 397.

S. 138 Satz 2 Zeile 3 u. 4 v. oben: So auch R.-G. (II.) 18. Juni 1883, Entsch. Bd. 9 S. 100 ff. und 3. Mai 1892, Rep. II. Nr. 68/92.

S. 138 Anm. 8: R.-G. (II.) 19. Dez. 1890, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 238; vgl. noch S. 107 Text z. Anm. 1.

S. 138 nach Anm. 8: Auch die Erfüllung von Verpflichtungen kann ein Vertrag in diesem Sinne sein und ist dann ein entgeltlicher Vertrag. Die Anfechtung der Erfüllung aus § 24 Z. 2 ist möglich, wenn die zu erfüllende Verpflichtung selbst innerhalb der Jahresfrist begründet worden war. Hat dagegen diese Verpflichtung schon ausserhalb der Frist bestanden, so ist nur Anfechtung aus § 24 Z. 1 möglich. R.-G. (VI.) 15. Mai 1891, Entsch. Bd. 27 S. 130 ff.

§ 25.

S. 141 Bem. I. 1: Die Anfechtung setzt voraus, dass der veräusserte Vermögensgegenstand zur Zeit der Verfügung dem Vermögen des Gemeinschuldners angehört hat. Wenn dieser in dem durch den Nachtr. zu S. 8 Bem. III. 2b bezeichneten Fall neben den Kindern, welche das Bezugsrecht der verstorbenen ersten Frau geerbt hatten, in letztwilliger Verfügung noch eine andere Person als bezugsberechtigt erklärte, so hat er damit das Bezugsrecht nicht von neuem begeben, sondern fügte nur der früheren unangefochtenen Verfügung eine Beschränkung bei, welche die Gläubiger nicht benachteiligt, weil sie ihnen nichts entzieht; diese hätten von der Versicherungssumme ohne die neue Verfügung ebensowenig erhalten als nach derselben. R.-G. (III.) 18. Dez. 1891, Gruchot Bd. 36 S. 458, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 11.

S. 141 Bem. I. 2: Wenn der Gemeinschuldner die Wechsel nur deshalb unterzeichnete und einlösen liess, um seinen Sohn dem Strafrichter zu entziehen, so hat er diese Handlung vorgenommen, ohne ein Entgelt dafür zu erlangen. R.-G. (III.) 24. Okt. 1890, Bolze Bd. 11 No. 164 R.-A., bes. Beil. 1891 S. 1.

S. 143 Bem. I. 2 a. E.: Ausstellung eines Schuldbekenntnisses durch den Schuldner ist nicht unentgeltliche Verfügung. R.-G. (VI.) 26 Febr. 1891, Bolze Bd. 11 No. 171.

S. 144 Anm. 2: Zahlung von Versicherungsprämien kann nicht angefochten werden, weil sie nicht in das Vermögen desjenigen gelangt, für welchen die Verfügung eine unentgeltliche ist, sondern in das Vermögen der Versicherungsgesellschaft. Kammerger. 3. März 1891, Berl. Bl. Bd. 2 S. 58.

S. 147 nach Anm. 1: s. Nachtrag zu S. 125 Bem. III. 2.

§ 29.

S. 156 vor Anm. 3: Ein Verzicht auf die Anfechtung einer Cession liegt nicht in der Ablehnung des dem Anfechtungskläger früher gemachten Anerbietens, ihm die Forderung zu cedieren. R.-G. (III.) 10. Juli 1891, Jur. Woch. S. 417 No. 27.

§ 30.

S. 160 oben Bem. 2: Die K.-O. bestimmt den Umfang des Rückgewähranspruches mit Ausschluss des Landesrechts. R.-G. (II.) 8. Nov. 1889, Entsch. Bd. 24 S. 143; (I.) 7. Nov. 1888, (VI.) 16. März 1891, Jur. Woch. 1889 S. 109 No. 13, 1891 S. 252.

S. 160 Anm. 1: R.-G. (II.) 29. Dez. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 135 u. Sächs. Arch. Bd. 2 S. 12 Nr. 4 (bes. mit Bezug auf Artikel 688 C. c.).

S. 160 nach Anm. 1: Wenn durch das angefochtene Rechtsgeschäft der Vermögensgegenstand nicht seinem vollen Werte nach, sondern belastet mit einem Pfandrecht zugunsten eines Dritten veräussert worden ist, so braucht auch die Rückgewähr nur mit dieser Belastung zu erfolgen. R.-G. (VI.) 14. Mai 1890, Bolze Bd. 10 No. 261.

S. 160 zu dem Satz nach Anm. 3: Vgl. R.-G. (III.) 23. Mai 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 263.

S. 160 nach Anm. 4: Wenn der Verkauf eines Grundstückes mit Erfolg angefochten wurde, so ist der Gemeinschuldner als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen. O.-L.-G. Dresden, 10. März 1891, sächs. Ann. Bd. 12 S. 456. Vgl. noch oben S. 32 Anm. 4.

S. 160 nach Anm. 4: Durch erfolgreiche Anfechtung einer Hypothek gelangt jedoch der Eigentümer des Grundstücks nach preuss. Recht nicht zu einer Eigentümerhypothek. R.-G. (III.) 11. März 1892, Jur. Woch. S. 227.

S. 160 Anm. 5: R.-G. (VI.) 27. Okt. 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264e.

S. 161 Anm. 2: R.-G. (VI.) 27. Okt. 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264e.

S. 162 nach Anm. 2: Der Anfechtungsbeklagte kann den Ersatz notwendiger Aufwendungen verlangen und deswegen das Zurückbehaltungsrecht ausüben. O.-L.-G. Oldenburg 29. Apr. 1885, Seuffert Arch. Bd. 46 S. 155, 156.

S. 163 Bem. 3 Abs. 1 a. E.: Was unter „Bereicherung" zu verstehen sei, ist nach Landesrecht zu beurteilen. Nach gemeinem Recht ist erforderlich, dass eine Erhöhung des Gesamtvermögensstandes besteht; die auf eine zweifellose Forderung gezahlte Summe bildet hiernach, selbst wenn die Zahlung durch eine andere Person als den Schuldner erfolgt, keine Bereicherung des Gläubigers, weil diese Summe der vorher vorhandenen, durch Zahlung getilgten, Forderung entspricht. R.-G. (III.) 12. Febr. 1892, Jur. Woch. S. 164.

§ 33.

S. 171 nach Anm. 4: Auch wenn der Schuldner selbst Rechtsnachfolger desjenigen wird, gegenüber welchem die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, bleibt doch § 33 Abs. 2 K.-O. § 11 Abs. 2 Anf.-Ges. anwendbar. Wenn also die Eltern dem Sohne das Gut in anfechtbarer Weise übertragen haben und sich von ihm einen Altenteil bestellen liessen, so ist auch die letztere Rechtshandlung anfechtbar. R.-G. (VI.) 4. Nov. 1889, Bolze Bd. 8 Nr. 267.

S. 172 Anm. 2: A. M.: O.-L.-G. Frankfurt 31. Okt. 1890, Frankf. Rundschau 1891 S. 31.

S. 172 nach Anm. 2: Es kann nicht bloss der letzte Sonderrechtsnachfolger, sondern neben diesem auch der ursprüngliche Erwerber und jeder weitere Rechtsnachfolger mit der Anfechtungsklage belangt werden, soferne bei jedem Einzelnen die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht vorliegt. R.-G. (VI.) 12. Nov. 1891, Gruchot Bd. 36 S. 464. Der Anfechtungskläger kann insbesondere den Rechtsnachfolger auf Herausgabe der Sache selbst und den ursprünglichen Erwerber auf Wertsersatz belangen. R.-G. (VI.) 27. Okt. 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 264e.

S. 172 nach Anm. 2: Wenn der mit Benachteiligungsabsicht handelnde Schuldner allgemeiner gesetzlicher Vertreter des „andern Teils" ist, diesem aber bezüglich des angefochtenen Vertrages ein besonderer Vertreter bestellt worden war, so kommt es nur auf die Kenntnis des letztern an. O.-L.-G. Breslau 28. Nov. 1891, Bresl. Anw. Z. 1892 S. 13.

§ 34.

S. 174 Anm. 2: Vgl. O.-L.-G. Darmstadt 12. Jan. 1889, Hess. Entsch. S. 214.

§§ 35 ff.

S. 176 Anm. 3: Ldg. Plauen 9. Nov. 1891, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 112, 113.

§ 35.

S. 179 Anm. 1: Vgl. noch G. A. Leist, die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, und hierzu Bähr in der Krit. V. J. Schr. Bd. 32 S. 367 ff.

S. 184 Anm. 1: Das Urteil des R.-G. (I.) 18. Juni 1890 steht auch in Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 144 ff., bes. 146 und Bolze Bd. 10 Nr. 884. Für den Check muss das nämliche gelten wie für den Wechsel; v. Canstein in der Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 65 ist geneigt, bei Begebung des Check immer Cession anzunehmen.

§ 36.

Z. 187 Anm. 2: Das Urt. steht auch in Entsch. Bd. 27 S. 84 ff., bes. 87 ff.

S. 190 Anm. 4: Das Urt. des R.-G. (II.) 13. Febr. 1891 steht auch in Entsch. Bd. 27 S. 84 ff.

§ 38.

S. 204 Bem. 2 a. E.: Wenn jedoch der Aussonderungsberechtigte die Zugehörigkeit des Gegenstandes zu seinem Vermögen dem K.-V. gegenüber abgeleugnet und dadurch den K.-V. zum Verkauf veranlasst hatte, so kann er neben dem Anspruch aus § 38 einen Ersatzanspruch nicht mehr geltend machen. R.-G. (I.) 1. Okt. 1890, Bolze Bd. 11 Nr. 937.

S. 205 Bem. 3 a. E.: Für Absonderungsrechte gilt ein dem § 38 entsprechender, gemeinrechtlicher Rechtssatz nicht. R.-G. (VI.) 11. Juli 1891, Entsch. Bd. 28 S. 147 ff.

§§ 39 ff.

S. 205 ff.: Vgl. noch Knorr F., Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte, bes. S. 56 ff. Pfizer G., Anti-Seuffert S. 357 ff. 388.

S. 207 Vorb. 2 lit. f.: Durch das Krankenversicherungsges. vom $\frac{\text{15. Juni 1883}}{\text{10. April 1892}}$ § 73 Abs. 6.

S. 208 Vorb. 4: Vgl. S. 27 Anm. 4 mit Nachtrag.

S. 208 Vorb. 4: Der Widerspruch eines K.-Gl. gegen das Absonderungsrecht ist unerheblich. Die desswegen vom K.-Gl. angestellte Feststellungsklage ist unbegründet; O.-L.-G. Jena 24. Okt. 1891, Thür. Bl. Bd. 39 S. 42 ff.

§ 41.

S. 221 Anm. 2: Ldg. Zabern 22. Juni 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 535, 536.

S. 221 Anm. 3: O.-L.-G. Köln (ohne Datum) rhein. Arch. Bd. 82 I. S. 139.

S. 227 Bem. II. 4 a. E.: Art. 2029 C. c. ist durch § 41 Z. 4 nicht aufgehoben worden. O.-L.-G. Darmstadt 24. Mai 1890, Hess. Entsch. S. 331.

S. 230 Bem. II. 6 a. E.: Das Zurückbehaltungsrecht an einer Lebensversicherungspolice gewährt kein Absonderungsrecht in Bezug auf die Forderung aus diesem Papier. R.-G. (II.) 3. Mai 1892, Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 218. A. M.: Klöppel ebenda.

§ 44.

S. 237 Anm. 4: O.-L.-G. Colmar 23. Jan. u. 6. Febr. 1891 (letzteres Urt. betr. Absonderungsrecht für Ersatzforderungen), Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 343 ff., 356 ff.

S. 239 Bem. 6 Abs. 1: Der Nachweis, dass bestimmte Grundstücke nicht in die Errungenschaftsgemeinschaft fallen, und dass der Ehemann Forderungen, welche die Frau nach dem Ehevertrag in die Ehe einbrachte, im Laufe der Ehe eingezogen hat, kann durch alle Beweismittel geführt werden. Ebenso genügt bezüglich des Mobiliars im engern Sinne (sog. Einrichtung) die Wertangabe im Ehevertrage, wenn die Frau lediglich den Ersatz dieses Wertes beansprucht. O.-L.-G. Colmar 6. Febr. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 356 ff.

§§ 46 ff.

S. 240 ff.: Vgl. Verhandlungen des 21. deutschen Juristentages Bd. 1 S. 144 ff.

§ 48.

S. 249 Bem. I. 1: Die Bestimmungen des § 48 finden ausserhalb des Kv. namentlich im Zwangsvollstreckungs- und Teilungsverfahren keine Anwendung. O.-L.-G. Colmar 23. Jan. 1891, Jur. Z. f. E.-L. Bd. 16 S. 343 ff. u. Puchelts Z. Bd. 23 S. 142 ff.

S. 251 Anm. 1: R.-G. (II.) 1. Juli 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 886 und bad. Ann. Bd. 57 S. 11.

§§ 50 ff.

S. 256 Vorb. 3: Da der Gemeinschuldner für Masseschulden und Massekosten haftet, sind Klagen wegen Masseforderungen nach Aufhebung des Kv. gegen ihn zu richten. R.-G. (II.) 6. März 1891, Entsch. Bd. 27 S. 113 ff.

§ 52.

S. 263 nach Anm. 1: Die Aufnahme eines Prozesses durch den K.-V. ist eine Handlung desselben, durch welche die Masse auch für die bereits vor K.-E. entstandenen Kosten haftbar wird. O.-L.-G. Frankfurt 17. Juli 1890, Frankf. Rundschau 1891 S. 135 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 47 S. 381; Ldg. Plauen 3. Okt. 1887, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 111. Soweit der K.-V. rechtskräftig zur Tragung von Kosten eines durch ihn aufgenommenen Prozesses verurteilt ist, fallen diese unter § 52 Z. 1, ohne dass zwischen den vor K.-E. und den nach K.-E. erwachsenen Kosten unterschieden werden dürfte; ob eine solche Unterscheidung gerechtfertigt ist, muss im Urteil über die Kostenpflicht erwogen werden und kann später nicht mehr in Frage gestellt werden. R.-G. (VI.) 6. Mai 1891, Jur. Woch. S. 310.

§ 54.

S. 270 ff.: Vgl. noch Knorr F., Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte, bes. S. 50 ff. Pfizer G., Anti-Seuffert S. 357 ff., 388.

S. 270 Anm. 2: O.-L.-G. Colmar in Puchelts Z. Bd. 22 S. 142.

S. 271 Anm. 1: R.-G. (III.) 24. Okt. 1890, Seuffert, Arch. Bd. 46 S. 380; O.-L.-G. Darmstadt 22. Nov. 1880 u. 5. Juli 1882, Hess. Entsch. S. 42, 160.

S. 271 Anm. 3: R.-G. (III.) 3. Juli 1891, Jur. Woch. S. 416 Nr. 24 hat angenommen. dass das Vorrecht jedenfalls dann mit der Forderung übergeht, wenn die Übertragung erst nach der Anmeldung erfolgte.

S. 272 Bem. I. 5 a. E.: Wenn nach Begründung der mit Vorzugsrecht ausgestatteten Forderung eine Schuldübernahme erfolgt, so fehlt gegenüber dem neu eingetretenen Schuldner das gesetzgeberische Motiv und fällt deshalb das Vorzugsrecht hinweg. Vgl. Entw.

eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich § 317 Abs. 2, Mot. Bd. 2 S. 147 und zustimmend Rocholl u. Niedner, Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes S. 127, 128.

S. 272 Bem. II. 1: Das Vorrecht d. Ziff. 1 ist ausgedehnt auf die nach dem Krankenversicherungsges. zu erhebenden rückständigen Eintrittsgelder und Beiträge; § 55 Abs. 2 des Krankenversicherungsges. vom $\frac{\text{15. Juni 1883}}{\text{10. April 1892}}$.

S. 274 Anm. 1: R.-G. (VI.) 15. Okt. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 87; O.-L.-G. Hamburg 27. April 1891, Hans. Gerichtsz. Bd. 12 (Beibl.) S. 266.

S. 274 Bem. III. 2: Die Verweisung auf § 58 hat nicht den Sinn, dass im Falle der Gewährung einer Zahlungsfrist die Forderungen sofort als fällig zu behandeln sind. Sie bezweckt vielmehr nur Sicherung des Vorrechtes für den Fall, dass der Ablauf der Frist in die Zeit nach K.-E. fällt. Unter dieser Voraussetzung soll die Forderung als fällig gelten. R.-G. (III.) 3. Juli 1891, Jur. Woch. S. 416 Nr. 24. — Da es im § 54 Z. 2 auf den Eintritt der Fälligkeit innerhalb des letzten Jahres vor der K.-E. ankommt, so kann eine nachträglich zu bezahlende Einkommensteuer hier nur dann berücksichtigt werden, wenn der nachzuzahlende Betrag innerhalb dieser Frist festgesetzt worden war. O.-L.-G. Dresden 20. Juni 1891, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 98.

S. 278 Anm. 1: O.-L.-G. Rostock 19. April 1888, Meckl. Z. Bd. 9 S. 117.

§ 57.

S. 286 Bem. I. 1: Am Anfang muss die Verweisung lauten: Bem. 2 zu § 35, Vorbem. 3 zu §§ 39 ff.

S. 287 Anm. 3: Kap. 20 § 17 Z. 7 der bayr. Gerichtsordn. v. J. 1753 ist durch das bayr. Ausf.-G. z. C.-P.-O. Art. 81 u. 87 aufgehoben.

§ 64.

S. 303 Anm. 2: Vgl. noch Buschs Z. Bd. 17 S. 274; Z. f. internat. Privat- und Strafr. Bd. 2 S. 219, 220.

§ 65.

S. 306 Anm. 2: A. M.: O.-L.-G. Zweibrücken 8. März 1887, Puchelts Z. Bd. 22 S. 280 ff.

S. 307 Bem. 2 a. E.: Das Recht auf Akteneinsicht und auf Erteilung von Abschriften einzelner Aktenstücke muss den K.-Gl. in entsprechender Anwendung des § 271 C.-P.-O. eingeräumt werden, da sie zwar nicht Parteien aber doch am Verfahren Beteiligte sind. Ldg. Plauen 24. Juni 1890, Sächs. Arch. Bd. 2 S. 116.

S. 307 Bem. 4: Vgl. noch Fischer, Beitr. zur Erl. des Entw. eines B.-G.-B. 6. Heft S. 12, 15; Keller, Kommentar z. G.-V.-G. S. 46.

§ 95.

S. 364 Bem. III. 1: Auch der Pfändungspfandgläubiger, welchem eine Konkursforderung an Zahlungsstatt überwiesen wurde sowie derjenige, welchem die Konkursforderung vertragsweise verpfändet wurde, ist zum Eröffnungsantrag berechtigt. Vgl. Oetker, die Stellung des Forderungspfandgläubigers im Konkurse des Drittschuldners S. 1, 7 ff.

§§ 103 ff.

S. 378 Bem. 3 a. E.: Mit Rücksicht auf § 15 Z. 3 des Reichsges. betr. das Reichsschuldbuch v. 31. Mai 1891 ist auch eine Mitteilung an die Reichsschuldenverwaltung notwendig. Vgl. noch Reichsges. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 64 Abs. 2.

S. 394 nach Anm. 2: Der Gemeinschuldner, welcher den Offenbarungseid nach § 115 geleistet hat, kann in dem nämlichen Kv. nicht nochmals zur Leistung angehalten werden, weil der Gegenstand des Offenbarungseides im Kv. wegen § 1 immer der gleiche bleibt. Amtsger. u. Ldg. Berlin nach Berl. Bl. Bd. 2 S. 54.

§§ 116 ff.

S. 396 Anm. 2 u. 4: Das Urt. des R.-G. (II.) 10. Nov. 1890 steht auch bei Bolze Bd. 11 Nr. 173.

§§ 126 ff.

S. 415 nach Anm. 4: Zu den „Beteiligten" gehört auch der Forderungspfandgläubiger. Vgl. Nachtr. zu § 2 Bem. I. 3.

S. 417 Anm. 1: Das Urteil steht auch bei Bolze Bd. 10 Nr. 885.

§§ 129 ff.

S. 424 nach Anm. 6: Nachträgliche Geltendmachung eines Absonderungsrechtes wird durch die Feststellung der Forderung zur Tabelle nicht ausgeschlossen, s. Nachtr. zu S. 27 nach Anm. 2.

S. 432 Bem. II. 1b: Durch Feststellung einer Nebenforderung, z. B. einer Zinsenforderung zur Tabelle wird ein besonderer Feststellungsprozess hierüber ausgeschlossen. R.-G. (VI.) 8. Mai 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 879.

S. 432 Bem. II. 1b: Wenn nach der Feststellung zur Tabelle ein Ereignis eintritt, welches die Forderung vermindert, so muss der K.-V. auf Abänderung der Feststellung klagen (§ 686 C.-P.-O), wenn er die Verminderung geltend macht. R.-G. (III.) 17. Juni 1890, Bolze Bd. 10 Nr. 880.

S. 434 Anm. 2: Das Urt. des R.-G. (II.) vom 13. März 1891 steht auch in den Entsch. Bd. 27 S. 91 ff.

S. 436 Bem. II. 2: Vgl. noch Bem. II. 1c S. 433 Anm. 4.

§ 134.

S. 442 Bem. I. 4 a. E.: Das Gemeindegericht nach § 120a Gew.-O. ist kein Gewerbegericht und kein besonderes Gericht im Sinne von § 14 G.-V.-G. R.-G. (I.) 1. Juli 1891, R.-Anz., bes. Beil. S. 412.

S. 444 Bem. II. 1: Die Aufnahme ist trotz Übereinstimmung der beiden Parteien ausgeschlossen, wenn von keiner Seite mehr ein Widerspruch vorliegt. O.-L.-G. Dresden 5. März 1891 u. R.-G. (VI.) 23. April 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 665 ff.

S. 444 Bem. II. 2: Vgl. Nachtr. zu S. 52 §§ 8 ff. Bem. I. 6.

S. 449 Bem. III. 2 a. E.: Vgl. Nachtr. zu S. 443 nach Anm. 3.

S. 451 nach Anm. 1: Durch § 134 Abs. 6 wird dem anmeldenden K.-Gl. nicht das Recht zur Feststellungsklage entzogen, sondern für ihn nur die Notwendigkeit hierzu verneint. R.-G. (III.) 8. Jan. 1892, Jur. Woch. S. 96. Mit Rücksicht darauf ist der Gläubiger, welcher in 2. Instanz ein obsiegliches Urteil erlangt hatte, berechtigt, von dem widersprechenden K.-V. die Aufnahme des Verfahrens nach § 8 K.-O., bezw. § 217 C.-P.-O. zu verlangen. R.-G. (V.) 26. Sept. 1891, Gruchot Bd. 36 S. 470 ff.

§ 136.

S. 454 nach Anm. 4: Zustimmend hinsichtlich der Prozesse über Absonderungsrechte: O.-L.-G. Darmstadt 6. März 1890, Hess. Entsch. S. 330, 331.

§§ 149 ff.

S. 474 nach Anm. 1: Vgl. Nachtr. zu S. 53 §§ 8 ff. Bem. I. 7.

S. 474 Bem. III. 1 Zeile 12 v. oben: Der K.-V. hat nach Aufhebung des Kv. insbesondere die über Masseforderungen noch schwebenden Prozesse weiterzuführen. O.-L.-G. Rostock 29. Okt. 1888, Meckl. Z. Bd. 10 S. 193 ff. Ebenso Prozesse über Beträge, welche einer Nachtragsverteilung vorbehalten worden sind. R.-G. (IV.) 17. Sept. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 68 ff. Auch ist er trotz § 152 nicht gehindert, den Prozess über die Forderung zu Ende zu führen. R.-G. (I.) 29. Okt. 1890, R.-Anz. 1891, bes. Beil. S. 10 ff., bes. S. 15; vgl. noch S. 525 Bem. II. 1 a. E.

§§ 160 ff.

S. 490 Vorbem. 3 a. E.: Bekker, System d. Pandektenr. Bd. 2 S. 199 fasst den Zwangsvergleich als eine Abart der Schenkung und den darin enthaltenen Erlass als unentgeltliche Zuwendung auf. Dagegen L. Seuffert in der Krit. V.-J.-Schr. Bd. 33 S. 612, 613.

§ 168.

S. 502 Anm. 2: Ldg. Berlin 24. Juni 1891, Berl. Bl. Bd. 2 S. 113, 114.

S. 502 Bem. 1 Abs. 1: Das Abkommen, durch welches einem Gläubiger nicht nur für den Zw.-V., sondern auch für den Fall anderweitiger Beendigung des Kv. besondere Vorteile versprochen wurden, ist nichtig, wenn nachträglich ein Zw.-V. abgeschlossen worden ist. Kausalzusammenhang ist nicht erforderlich; auf das Motiv kommt es nicht an. R.-G. (I.) 7. Nov. 1891, Entsch. Bd. 28 S. 96.

S. 502 Bem. 1 Abs. 2: Das Versprechen der späteren Nachzahlung hört nicht dadurch auf, unzulässige Begünstigung zu sein, dass es mit Rücksicht auf eine von dem begünstigten Gläubiger übernommene Vergleichsbürgschaft gegeben wurde. Kohler § 74 S. 483 Anm. 3; O.-L.-G. Dresden 14. Juli 1891, Sächs. Arch. Bd. 1 S. 755 ff. Das nach Aufhebung des Kv. erteilte Versprechen der Nachzahlung des nachgelassenen Betrages fällt dagegen regelmässig nicht unter § 168; es ist jedoch gleichfalls ungültig, wenn dabei die Absicht der Gesetzesumgehung verfolgt wurde. O.-L.-G. Dresden a. a. O. Vgl. noch Nachtrag zu S. 574.

§§ 175 ff.

S. 518 Bem. 2 Abs. 1 a. E.: Vgl. R.-G. (II.) 6. März 1891, R.-Anz., bes. Beil. S. 237.

§§ 178 ff.

S. 521 Bem. I. 1 Abs. 1: Der in einem ausländischen Kv. abgeschlossene Zw.-V., welcher nach ausländischem Recht das Erlöschen der Konkursforderungen bewirkt, übt diese Wirkung im Inlande nicht, auch nicht für die Forderung eines Gläubigers, welcher dem Zw.-V. zugestimmt hat. O.-L.-G. Köln 26. Nov. 1891, Rhein. Arch. 84 I. S. 46.

§§ 191 ff.

S. 542: Die Wirkungen des Einstellungsbeschlusses treten erst mit der Rechtskraft ein. A. M.: O.-L.-G. Darmstadt 27. April 1887, Hess. Entsch. S. 187.

S. 542 nach Anm. 1: A. M.: Bauer in den Bl. f. R.-A. Bd. 57 S. 164, 165.

§§ 193 ff.

S. 543 Vorbem. a. E.: Zu den besonderen Bestimmungen sind noch diejenigen des Reichsges. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung hinzugetreten. Eine solche Gesellschaft wird durch die K.-E. aufgelöst (§ 60 Z. 4); diese findet ausser

dem Fall der Zahlungsunfähigkeit auch wegen Überschuldung statt; § 193 Abs. 2, § 194 K.-O. sind entsprechend anzuwenden (§ 63); die K.-E. ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (§ 64 Abs. 2). Wie bei den Aktiengesellschaften der Vorstand und die Liquidatoren sind hier die Geschäftsführer und Liquidatoren verpflichtet, die K.-E. zu beantragen, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz Überschuldung sich ergiebt; im Zuwiderhandlungsfalle tritt Ersatzpflicht und Strafe ein (§§ 64, 72, 82).

§§ 198 ff.

S. 574 Bem. 3: Wie im § 199 bedeutet auch im § 200 Abs. 2 „persönlich haftender Gesellschafter" eine Person, welche zur Zeit noch der Gesellschaft angehört und bezieht sich nicht auf die vor Abschluss des Zw.-V. ausgeschiedenen Gesellschafter. Für diese letzteren bleibt § 178 maassgebend. Wenn daher ein solcher Gesellschafter den Gläubigern, welchen er noch haftete, die Zahlung ihres Ausfalls verspricht, so ist das kein nichtiges Abkommen im Sinne des § 168. R.-G. (II.) 1. März 1892. R.-Anz., bes. Beil. S. 240.

S. 575 Anm. 2: Dieses Urteil steht in Jur. Woch. 1892 S. 181 Nr. 8.

S. 575 Anm. 3: Das Urt. des R.-G. steht in Entsch. Bd. 28 S. 131 ff. Vgl. noch Wochenschr. f. Aktienr. Bd. 1 S. 137; Ldg. Würzburg 25. Febr. 1892 das. Bd. 1 S. 146, dagegen Petersen ebenda S. 161 ff., 171 ff.

§§ 209 ff.

S. 589 Vorbem. I. 2: Das Reichsges. v. 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung verfügt im § 81: „Die Strafvorschriften der §§ 209—211 der K.-O. finden gegen die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben." Die Erläuterungen zu § 214 K.-O. S. 630 ff. sind auch auf dieses Gesetz zu beziehen.

S. 605 Anm. 2: R.-G. (II.) 27. Nov. 1891, Arch. f. Strafr. Bd. 39 S. 337.

S. 605 Anm. 14: Im allgemeinen und unter Verweisung auf § 2 des Reichsges. v. 5. Juni 1869, betr. die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung u. s. w.: R.-G. (III.) 1. Febr. 1892, R.-Anz., bes. Beil. S. 183.

S. 608 Anm. 5: R.-G. (IV.) 5. April 1892, Entsch. Bd. 22 S. 439.

S. 609 Anm. 5: Nach Abschluss eines Zwangsvergleichs ist die Vernichtung der Handelsbücher nur dann strafbar, wenn die Gläubiger ein besonderes Interesse an deren Fortbestande haben. R.-G. (IV.) 1. April 1892, Entsch. Bd. 22 S. 436 ff.

Nachträge

zum

Anfechtungsgesetz.

Einleitung.

S. 652 Anm. 1: Das Urt. des R.-G. steht auch in Entsch. Bd. 28 S. 135 ff.

§ 2.

S. 666 Bem. III. 3: Der anfechtende Gläubiger braucht sich nicht auf die Möglichkeit verweisen zu lassen, dass ein vorhandenes Grundstück später eine Steigerung im Werte und in der Ertragsfähigkeit erfahren werde. R.-G. (IV.) 4. April 1892, Jur. Woch. S. 239.

S. 667 Anm. 4: Vgl. noch R.-G. (VI.) 21. April 1892, Jur. Woch. S. 301 Nr. 8.

§ 7.

S. 678 Bem. I. 1: Der Anfechtungsbeklagte kann nicht geltend machen, der Kaufpreis sei vom Schuldner zur Befriedigung derjenigen Gläubiger verwendet worden, welche im Kv. dem anfechtenden Gläubiger nach § 54 K.-O. vorgehen würden. O.-L.-G. Colmar in Puchelts Z. Bd. 22 S. 142.

S. 679 Anm. 3: O.-L.-G. Darmstadt 14. Dez. 1887, Hess. Entsch. S. 204 bemerkt richtig, dass Wertersatz nur dann verlangt werden kann, wenn die veräusserte Sache weiter veräussert oder verschlechtert worden ist.

S. 680 Bem. III. 1: § 54 K.-O. ist hier nicht anwendbar. O.-L.-G. Colmar in Puchelts Z. Bd. 22 S. 142.

§ 9.

S. 683 Anm. 2: Das Urt. des O.-L.-G. Colmar steht auch in Puchelts Z. Bd. 23 S. 142 ff., bes. S. 146, 147.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Sachregister.

Die fetten arabischen Zahlen verweisen auf die §§, römische und gewöhnliche arabische Zahlen auf die Bemerkungen. — Die §§ der Konkursordnung sind ohne Beisatz aufgeführt; die Beisätze A.-G. bezw. E.-G. bedeuten, dass ein § des Anfechtungsgesetzes bezw. des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung gemeint ist. Der Beisatz N. verweist auf den Nachtrag. S. bedeutet die Seitenzahl; Vorb. ist gleich Vorbemerkung.

A.

Abänderung der mit sof. Beschwerde angef. Entsch. **66** III. 5.
Abgaben, öffentliche.
Absonderungsrecht **41,** II. 1.
A. als Massekosten **51,** II. 2.
Vorrecht **54,** III. 1—3 u. N., ferner IV.
Abschätzung der Massegegenstände **110, 121** ff., II. 2.
Abschlagsverteilung **146** ff. (s. auch Verteilung).
Absonderungsrecht **3, 39** ff., **57.**
Abgaben, öffentliche **41,** II. 1.
Abtretung von Forderungen an Ausländer **42, 1** u. 2.
Afterpächter **41,** II. 2c. u. N.
Allgemeine Grundsätze **3,** I.; **39,** Vorb. 1—5.
Anerkenntnis **3,** III. u. N. **39** ff., Vorb. 4.
Anfechtungsrecht **23,** II. 2 S. 120, **29,** 2; A.-G. **1,** I. 3; **2,** II. 1: **7,** III. 2.
Anmeldung der Forderung **3,** II. 4 u. N. **129** ff. N.
Ansprüche, die A. gewähren **3,** I; **39** ff. u. N.
Anzeigepflicht **108** ff., 2; **110.**
Arbeiter **41,** II. 5c.
Arrest **41,** II. 7.
Ausfallsforderung **3** II. 4 u. N.; **57,** 1 u. 2; **139** ff., II. 3.
Ausübung **3,** II. 3.
Befriedigung **3** S. 25; **57,** 1.
Benachrichtigung v. bevorstehender Pfändung **41,** II. 7.
Berücksichtigung bei der Verteilung **139** ff., II. 3.
Erwerb nach K.-E. **12,** 1—3 u. N.
Erwerb nach Erlass des Veräusserungsverbotes **98,** 2 S. 369.
Faustpfand **40,** II. 1 u. 2; E.-G. **14** ff.
Familienfideikommiss **45;** E.-G. **4** ff., II. 1.
Gastwirte **41,** II. 5b.
Gemeinschaft **44** u. N.
Gesetzliche Pfandrechte **41,** I. 1—3.
Gordianisches Privileg **40,** III. 3.
Handwerker **41,** II. 5c.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., IV.
Hinterlegung **40,** I. 2.
Innungskassen **39** ff., Vorbem. 2 S. 207.
Kaufmännisches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht **41,** II. 6.
Konkursverwalter **3,** II. 3, III. u. N.; **116** ff.
Kosten **50,** 3.
Krankenkassen **39** ff., Vorb. 2 S. 203 u. N.
Künstler **41,** II. 5c.
Lebensversicherungspolice **39** ff., II. 6 N.
Lehen 45 u. N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Mehrheit der Schuldner **61,** I. 3.
Miteigentum **44.**

Nachlass **43** u. N.
Nachmänner **39** ff., Vorb. 2.
Pächter **41**, II. 3.
Pfandbriefe E.-G. **14** ff., 4.
Pfändungspfandrecht **40**, I. 2; **41**, II. 7.
Rangordnung **40**, III. 3; **41**, I. 3.
Stammgut **45**; E.-G. **4** ff., II. 1.
Umfang **40** III.
Unbewegliche Sachen **39**, 1—3; **116** ff.
Vermieter **41**, II. 4 u. II. 2.
Verpächter **41**, II. 2.
Verpflichtungen der Absonderungsberechtigten **108** ff., 2.
Verwendungen **41**, II. 5d.
Verzicht **3**, II. 4; **57**, 1 u. 2.
Werkmeister **41**, II. 5c.
Zwangsvergleich **3**, II. 4; **160**, 2; **178** ff., I. 2.
Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung **116**, **117**.

Abstimmung in der Gläubigerversammlung **85** ff., II. u. III.; beim Zwangsvergleiche **165** ff., 3; **169**.

Akteneinsicht **65**, 2 a. E. u. N.

Aktiengesellschaft.
Aufhebung des Kv. **149** ff., III. 1 a. E; **198** ff., 3 u. N.
Bestrafung der Vorstandsmitglieder **214**.
Einstellung des Kv. **188** ff. Vorb.; **191**, **192**.
Gemeinschuldner **193** ff., 4.
Vertreter **193** ff., 2.
Voraussetzungen der K.-E. **193** ff., 1.
Zwangsvergleich **193** ff., 3 u. N.

Alimentationspflicht **1**, IV.

Amtsgericht als Konkursgericht s. Konkursgericht.

Anfechtung ausserhalb des Konkurses.[1])
Absonderungsberechtigte **1**, I. 3; **2**, II. 1; **7**, III, 2.
Bedingte und betagte Forderung **2**, II 2.
Cessionar **2**, II. 3 a. E.
Einrede **1**, III. 1; **5**, 4.
Einwendungen **2**, IV.
Entstehungszeit d. Forderung **2**, II. 1.
Erfolglosigkeit d.Vollstreckung **2**, III. u. N.
Feststellungsklagen **1**, III. 1; **9** u. N.
Fristen **3**. II.
Fristerstreckung **4**.
Geldforderung **2**, II. 1.
Gegenansprüche **8**.
Gründe **3**, I.
Herrschaftszeit **14**.
Klagantrag **9**.
Konkurseröffnung, Einfluss **13**.
Landesrecht Einl. I.; **7**, I.
Mehrheit v. Anfechtungsberechtigten **7**, III.
Mitberechtigte **1**, I. 2.
Mitteilung **4**.
Rechtliche Natur **1**, II. 1.
Rechtshandlung **1**, I. 1.
Rechtsnachfolge **11**.
Replik **1**, III. 1; **5**, 5.
Rhein. Recht, fortdauernde Geltung: Einleitung I. a. E.
Rückgewähr, Einleitung II. **7** u. N.; **8**.
Statutenkollission **1**, I. 5.
Subjekt des Anspruches **2**, II. 1.
Verjährung **12**.
Vermögensunzulänglichkeit **2**, III. u. N.
Vollstreckbarer Titel **2**, II. 3; **5** u. **6**.
Vorläufige Vollstreckbarkeit **10**.
Voraussetzungen, allgemeine **1**, I.
Vorbehalt **10**.
Widerklage **1**, III. 1; **5**, 5.
Wirkung **1**, II. 2; **7**.
Zahlung fälliger Schulden **3**, I.
Zahlungsunfähigkeit **2**, III. 3.
Zweck **1**, I. 4; **2**, I.

Anfechtung im Konkurse **22** ff.
Absicht **23**, III. 1; **24**, I. 3 S. 129 ff. u. N.
Allgemeines **22** ff., Vorb. 1—4; **22**, I.—IV.; **23**, I. u. Nachträge.
Arrest **23**, II. 3 S. 122 u. III. 2 S. 127; **28**, 3.
Auseinandersetzungen **22**, III. 2 u. N.; **23**, II. 2.
Beendigung des Kv. **8** ff. I. 7.
Befriedigung **23**, II. 3 mit N., III. 2, S. 124 u. N.
Begünstigung **23**, III. 1 u. 2 mit N.
Benachteiligung **23**, II. 2 u. 3 mit N.; **24**, I. 4 u. II. 1 mit N.
Bereicherung **30**, 3 u. N.
Beweis der Absicht und Kenntnis **23**, I. 4 S. 117; **24**, I. 3c S. 132.
Bürgschaft **23**, II. 3 S. 121 u. III. 2 S. 125: **24**, II. 2.

[1]) Die unter diesem Schlagworte stehenden Verweisungen beziehen sich alle auf das Anfechtungsgesetz.

Deliktstheorie **22,** III. 1; **23,** I. 2; **24,** I. 1.
Eigentümerhypothek **30,** 2 S. 160 N.
Entgeltliche Verträge **24,** II. 2 u. N.
Entschädigungsanspruch **31** ff., 2.
Entstehungszeit der Forderung **22,** II. 1 a. E. u. N.; **24,** I. 3.
Erbschaften **22,** I. 4 a. E.; **30,** 2 S. 162.
Erlöschen **22** ff., Vorb. 4; **34,** 2.
Fristberechnung **22** ff., Vorb. 3 u. N.; **24,** II. 1 S. 137; **26,** 3.
Gegenleistung **31** ff., 1.
Gelegenheitsgeschenke **25,** I. 2 u. 4, II. 1.
Geltendmachung **22,** IV. u. N.; **29,** 1 u. 2 mit N.
Gemischte Geschäfte **25,** I. 3.
Gerichtsstand **22,** IV. 4.
Gerichtsvollzieher **23,** I. 4 S. 115.
Grundbuch **30,** 2 S. 160 u. N.
Gründe **22,** II. u. N.; **23—25** u. N.
Heiratsgut **25,** II. 2 u. N.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., II.
Hypothekenbuch **30,** 2 S. 160 u. N.
Kenntnis **23,** I. 4 S. 117; **24,** I. 3b. mit N. u. II. 1.
Klagänderung **22,** III. 1 u. N.
Konkursverwalter s. dort.
Konnossement **23,** II. 2 u. N.
Kontokorrentforderung **29,** 2; **129** ff., II. 1d u. N. zu S. 126.
Landesrecht **22,** Vorb. III.; **30,** 2 u. 3 mit N.
Leibrentenvertrag **25,** I. 4.
Mehrheit d. Anfechtungsbeklagten S. 161, 172 N.
Nachstehende Pfandgläubiger **22,** III 3.
Nichtige Rechtshandlung **22,** I. 1.
Pfändung **23,** II. 3 mit N. u. III. 2.
Rechtliche Natur **22,** II. 1 u. N.
Rechtsgeschäft **23,** II. 1.
Rechtshandlung **22,** I. 1—3; **24,** I. 2.
Rechtsnachfolge **25,** II. 3; **33** u. N.
Replik **22,** IV. 2.
Rückgewähr als anfechtbare Handlung **25,** II. 2 mit N. u. II. 3; A. G. **13,** III; Subjekt der Verpflichtung **30,** 2 S. 162; Umfang **30,** 2 u. 3 mit N.
Scheingeschäft **22,** I. 1.
Schuldtitel **28,** 2.
Sicherung **23,** II. 3 mit N. u. III. 2 mit N.; **25,** II. 2 u. 3; E.-G. **3,** I. 1 lit. f.
Statutenkollision **22,** II. 2.
Stille Gesellschaft E.-G. **3,** I. 2.
Teilung s. Auseinandersetzung.
Teilweise Anfechtbarkeit **22,** III. 2 a. E.
Übertragbarkeit **29,** 1.
Unentgeltliche Verfügung **25,** I. 2 u. N., II. 1.
Unterlassung **22,** I. 2 u. 3; **30,** 2 S. 162.
Unwirksamkeit gegen Dritte **22,** III. 3.
Urteilshypothek **23,** II. 3 u. III. 2 S. 121, 126.
Veräusserung fremder Sachen **22,** II. 1.
Verjährung **34** u. N.
Versicherungsvertrag **25,** I. 4 u. N.
Versteigerungserlös **23,** III. 2 S. 126.
Verwandtschaft **24,** II. 3.
Verzichte, anfechtbare **22,** I. 4; **25,** I. 2 S. 143.
Verzicht auf Absonderung **29,** N.
Vollstreckbarkeit des Schuldtitels **28.**
Wechselverpflichtung **23,** II. 2 S. 125 u. III. 2; **24,** II. 2 a. E.; **25,** II. 2 a. E. u. Nachträge.
Wechselzahlung **27.**
Wiederaufleben der Forderung **31** ff., 3.
Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 2.
Wirkung **22,** III. 2. u. 3 mit N.; **30—32** u. N.
Zahlung **23,** III. 2 u. N.; **24,** I. 5 u. N.
Zahlungseinstellung, Begriff **23,** I. 3; Zeitpunkt **26.**
Zeitpunkt der Rechtshandlung **22,** I. 5.
Zurückbehaltungsrecht **23,** III. 2 S. 127.
Zwangsvergleich **178** ff., I. 1 S. 521.
Zwangsvollstreckung **28,** 1 u. 3.
Zweigniederlassung **207** ff., III. 2.

Anlegung von Geldern durch den Verwalter **118** ff., III.

Anmeldung der Konkursforderungen **126** ff. u. N.
Aufrechnung **46,** 1.
Eintragung **126** ff., III. 1.
Form **126** ff., II. 1.
Frist **126** ff., I. u. N.
Inhalt **126** ff., II. 2.
Mängel **126** ff., II. 2 S. 417.
Mitteilung **126** ff., III. 2.
Niederlegung **126** ff., III 2.
Rechtshängigkeit **126** ff., II. 3.
Rechtsnachfolge **126** ff., II. 3.
Vorrecht **126** ff., II. 2 u. N.

Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 4.
Wirkung **126** ff., II. 2 u. 3; E.-G. **3,** III. 2.
Zurücknahme **126** ff., II. 4.
Antrag auf Konkurseröffnung s. Eröffnungsantrag.
Anweisung auf d. Hinterlegungsstelle **154** ff., I.
Anzeigepflicht über den Besitz von Massegegenständen **109,** 2 u. 3.
bez. des ehelichen Güterrechtes **209** ff, Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II. 2.
Armenrecht s. Eröffnungsantrag, Gemeinschuldner, K.-Gl. und K.-V.
Arrest. Absonderungsrecht **41,** II. 7.
Anfechtung s. dort.
Ausländischer Konkurs **207** ff., II. 4.
Offener A. **102, 103** ff., 2; **108.**
Unzulässigkeit **11.**
Aufhebung des Konkursverfahrens 149 ff., III. u. N.; **175** ff., 1 u. 3.
Bei Handelsgesellschaften **149** ff., III. 1.
Aufhebung von Landesgesetzen 22 ff., Vorb. III.; **30,** 2 u. 3 mit N.; **35,** 4; **37,** 1; **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., I.; A.-G. Einl. 1.
Aufhebung von Reichsgesetzen 209 ff., Vorb. II.; E.-G. **3,** II.
Aufrechterhaltung von Landesgesetzen **35, 39, 45, 209** ff., Vorb. II. u. S. 605; E.-G. **4** ff., II.
von Reichsgesetzen E.-G. **3,** I.
Aufnahme von Prozessen s. Feststellung und Prozesse des Gemeinschuldners.
Aufrechnung 46 ff.
Anmeldung **46,** 1.
Aufhebung d. Kv. **46** ff., Vorb. 4.
Bedingte Forderungen **47,** I. u. III.
Betagte Forderungen **47,** I. u. II.
Condictio indebiti **46** ff., Vorb. 2.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., III.
Konkursverwalter **46** ff., Vorbem. 6.
Mehrheit der Forderungen **46,** 2.
Nachtragsverteilung **46** ff., Vorb. 4.
Nicht festgestellte Forderungen **47,** V.
Statutenkollision **46** ff., Vorb. 3.
Ungleichartige Forderungen **47,** IV.
Unzulässigkeit **48** u. N.
Veräusserung an im Auslande wohnhafte Schuldner **49.**
Verzicht **46** ff., Vorb. 5.
Voraussetzungen **46** ff., Vorbem. 1 u. 2.
Wiederaufnahme des Kv. **183** ff., II. 2.
Zwangsvergleich **46** ff., Vorb. 4; **178** ff., I. 2.
Aufwand 209 ff., III. 2 S. 602.
Auseinandersetzung 14, 44.
Ausland: Absonderungsrechte **42,** 1 u. 2.
Arrest **207** ff., II. 4.
Aufrechnung **49.**
Konkurseröffnung **207** ff.
Zwangsvergleich **178** ff., I. 1 N.
Ausländer als Konkursgläubiger **4.**
Aussonderungsrecht 35 ff. u. N.
Allgemeines, Vorb. 1—4.
Anfechtungsrecht **23,** II. 2 a. E.; **29,** 2. a. E.; **35,** 3.
Aufgehobene Bestimmungen **35,** 4.
Beweislast der Ehefrau **37,** 2.
Ehefrau des Gemeinschuldners **37.**
Eigentumsübertragung zum Zweck der Sicherstellung **35,** 2 u. N.; **39** ff., Vorb. 3; **57,** I. 1.
Entschädigung statt der Sache selbst **38,** 2 u. N.
Gegenleistung **38,** 1—3; bei Nichterfüllung **21,** II. 1.
Gegenstand des A. **35,** 2 u. 3; **37,** 1; **38,** 3.
Gründe der A. **35,** 1.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I.
Inkassogiro **35,** 5.
Kommissionär **35,** 4 u. 6; **36,** I.—III. **38,** 3.
Rückforderungsrecht des Verkäufers **36** u. N.
Statutenkollision **35,** 1.
Wechselbegebung z. Zweck d. Deckung **35,** 5.

B.

Bankerutt, betrüglicher 209 ff., II.; **212,** 4.
Bankerutt, einfacher 209 ff., III. (Vgl. Strafbestimmungen.)
Beihilfe **209** ff., III. 1 a. E.
Verschulden **209** ff., III. 1 u. 3.
Vorsatz **209** ff., III. 1.
Bedingte Forderungen.
Absonderung **39** ff., Vorb. 5.
Auflösende Bedingung **59.**
Aufrechnung **47,** I. u. III.
Aufschiebende Bedingung **60, 139** ff., II. 3.
Beteiligung **59, 60.**
Bürgen **60,** 4—7.
Mitschuldner **60,** 4 u. 5.
Sicherstellung **60,** 1—3.

Begünstigung eines Gläubigers.
Anfechtung **23,** III.
Strafbarkeit **211.**
Zwangsvergleich **168** u. N.; **198** ff., 3 N.
Beiseiteschaffen **209** ff., II. 2; **212,** 2.
Bekanntmachung
Arrest, offener **103** ff., 1 u. 2.
Aufhebung des Verfahrens **149** ff., III. 2.
Einstellungsantrag **188** ff., 2.
Einstellungsbeschluss **191.**
Ernennung des Verwalters **70** ff., II. 1.
Eröffnungsbeschluss **103** ff., 1 u. 2.
Form **68, 103** ff.
der Gläubigerversammlung **85** ff., I. 2.
Schlusstermin **149** ff., II. 1.
Veräusserungsverbot **98,** 2.
Verteilung **139** ff., 1.
Wiederaufnahme d. Konkurses **183** ff., II. 1.
Wirkung **68** ff., 1 a. E.
Beschlagnahme **5,** II. 1.
Beschwerde **66.**
Ablehnung des Vergleichsvorschlages **162,** 4; **163** ff., 1.
Ablehnung d. Wiederaufnahme **183** ff., II. 1 a. E.
Anordnung von Sicherheitsmaassregeln **183** ff., I.
Auferlegung der Sicherheitsleistung **70** ff., II. 4.
Auslagen u. Gebühren d. K.-V. **77,** 4.
Bestätigung d. Zwangsvergleiches **170** ff., III.
Briefgeheimnis **111,** 3 u. 4.
Einfache Beschwerde **66,** III. 3.
Einstellung **188** ff., 2.
Eintragung in die Tabelle **129** ff., II. 1d a. E.
Entlassung des Verwalters **76,** I. 2.
Ernennung des Verwalters **70** ff., I. 2.
Eröffnungsbeschluss **101.**
Gläubigerversammlung **85** ff., I. 1.
Ordnungsstrafen **76,** I. 2.
Sicherheitsmaassregeln **98; 183** ff., I.
Sofortige Beschwerde **66,** III. 1 u. 4.
Testamentsvollstrecker **101,** 1.
Unzulässigkeit **66,** III 2.
Versagung der Bestätigung des Verwalters **70** ff., I. 2.
Wiederaufnahmebeschluss **183** ff., II. 1 a. E
Zwangsvergleich s. dort.
Besitz des Faustpfandgläubigers E.-G. **14** ff., 2.
des Gastwirtes **41,** II. 5 b.
des Vermieters u. Verpächters **41,** II. 2 d.
des Verwalters **107** ff., Vorb. 1; **107; 108** ff., 1.
Betagte Forderungen.
Absonderungsrecht **39** ff., Vorb. 5.
Aufrechnung **47,** I. u. II.
Beteiligung **58,** 1.
Zinsen **58,** 2.
Beteiligte. Offenlegung der Tabelle **126** ff., III. 2.
Prüfungsverfahren **129** ff., I. 2.
Betrug, Bankerutt, betrüglicher **209** ff., II.
Zwangsvergleich **182.**
Bevorrechtigte Forderungen s. Vorrecht.
Bilanz **114; 209** ff, II. 4 u. III. 4; **214,** 2.
Börsenspiel **209** ff, III. 2.
Briefgeheimnis **111,** 4 u. 5.
Bürge s. Anfechtung i. Kv., bedingte Forderung, Konkursforderung, Mitschuldner.
Bundesrat **4,** 2; **207.**

C.

Cessio bonorum E.-G. **4** ff., 2.
Cession s. Ausland.
Civilprozessordnung, entsprechende Anwendung **65,** 1—3 u. N.

D.

Dienstbehörde des Gemeinschuldners **104.**
Dienste persönlicher Art **15,** I. 1 S. 67; **19,** 2; **54,** II. 2.
Dienstlohn, Massekosten **51,** II. 2.
Vorrecht **54,** 2.
Dienstverhältnis zum Gemeinschuldner.
Kündigung **19.**
Vorrecht **54,** II.
Differenzhandel **209** ff., III. 2.

E.

Ehefrau, Aussonderungsrecht **37.**
Niessbrauch **1,** IV.
Vorrecht E.-G. **9** ff., IV. 3.
Ehegatten, Absonderungsrecht **44,** 2 S. 234.
Anfechtung **24,** II.; **25,** II.
Anzeigepflicht bez. des Güterrechtes **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II. 2.

Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft **14.**
Eid s. Offenbarungseid und Parteieneid.
Eingetragene Genossenschaften.*)
Anfechtung ausgeschlossen **100** ff., 5.
Anfechtungsklage **104** ff.; **106,** 2. 3.
Anlage **103.**
Antrag **92,** 1; **93.**
Aufhebung d. Kv. **109.**
Auflösung **94.**
Aufrechnung **98,** 6.
Aufsichtsrat **97.**
Ausgeschiedene Genossen **119, 122** ff.
Ausländisches Kv. **207** ff., K.-O., II. 3.
Bayern E.-G. **6.**
Befriedigung durch Genossen **116; 118.**
Beschluss über die Berechnung **100** ff., 3.
Beschwerde, sofortige **100** ff., 5; **105.**
Beteiligte **100** ff., 2.
Einreden geg. d. Einzelangriff **116,** 3.
Einstellung d. Kv. **109;** K.-O. **188** ff., Vorb.
Einträge im Gen.-Reg. **95; 97; 119,** 5,
Einwendungen **100** ff., 2, 3, 5 a. E.; **106,** 2 u. 3.
Einzelangriff bei Gen. mit unbeschr. Haftpflicht **116** ff.
Einzelangriff bei Gen. mit besch. Haftpflicht **135.**
Erklärungsfrist **100** ff., 1.
Ersatzpflicht **92,** 2.
Gläubigerausschuss **96.**
Gläubigerversammlung **96.**
Hinterlegung **103.**
Konkurseröffnungsgründe **91.**
Konkursverwalter **99; 104** ff., 2; **100** ff., 3.
Kontokorrentsaldo **119,** 3 c.
Kosten **93, 98,** 2; **104** ff., 6.
Liquidatoren **111, 116.**
Liste d. Genossen **99,** 3.
Massekosten **98,** 2.
Nachschusspflicht **98; 135,**
— — — — unbeschränkte **122** ff.
Nachschussberechnung **107.**
Nachschussverteilung **108.**
Nebenintervention **104** ff., 1 u. 3; **106,** 3.
Register **95, 97.**
Streitgenossen **104** ff., 3.
Überschuldung **134.**
Überschüsse **98,** 5.
Verjährung **117; 119,** 4 u. 5; E.-G. **3,** III. 2.
Verbindung v. Anfechtungsklagen **104** ff., 4.
Verkündigung **100** ff., 4.
Verteilung der Nachschüsse **108.**
Vollstreckbarkeit
d. Vorschussberechnung **100** ff., 3.
d. Nachschussberechnung **108.**
Vorschussberechnung **99** ff.
Vorschussliste **102** ff.
Vorstand **92; 93; 96; 97; 106** ff.; **110; 116.**
Widerspruch im Nachschussverf. **108.**
Zusatzberechnung **106.**
Zuständigkeit **102; 104** ff., 5.
Zwangsvergleich **109.**
Zwangsvollstreckung **102; 104** ff. 1; K.-O. **162,** 1.
Einstellung des Konkursverfahrens 188 ff.
Antrag **188** ff., 1.
Bekanntmachung **188** ff., 2; **191.**
Eingetr. Genossenschaft s. dort.
Ermittelungen **188** ff., 2.
Geringfügige Masse **190.**
Handelsgesellschaften **188** ff., Vorb.; **191; 192.**
Kosten **188** ff., 3 a. E.
Niederlegung bei Gericht **188** ff., 2.
Widerspruch **188** ff., 3.
Wirkung **188** ff., 3; **192.**
Zwangsvergleichsverfahren **188** ff., 1.
Einwendungen betr.:
Abschlagsverteilung **146** ff., 2.
Anfechtungsrecht A.-G. **2,** IV.
Festgestellte Forderungen **129** ff., II. 1d S. 434; **149** ff., IV. 3 u. 4.
Schlussverzeichnis **149** ff., II. 1.
Vollstreckungsklausel **149** ff., IV. 3 a. E.
Entschädigung wegen Nichterfüllung s. Erfüllung.
Entscheidungen. Abänderlichkeit **66,** III. 5.
Arten **65,** 2 a. E.
Beschwerde s. dort.
Grundlage **66,** I.
Rechtskraft **65,** 2 a. E.
Rechtsmittel **65,** 2; **66,** III.

*) Die unter diesem Schlagwort angegebenen Paragraphenziffern beziehen sich auf das Genossenschaftsges. S. 546 ff., wo nicht ausdrücklich etwas anderes bemerkt ist.

Verkündung **66,** II. 1 u. 2 **100,** 1.
Zustellung **66,** II.
Entsiegelung 112 ff., III. 1.
Erben des Gemeinschuldners s. Nachlasskonkurs.
Erbschaften.
Absonderungsrecht **43.**
Antretung **1,** III. 3.
Entsagung **1,** III. S. 11; **22,** I. 4 a. E.; **30,** 2 S. 162.
Genehmigung des Gläubigerausschusses **121** ff., III. 2a.
Nachlasskonkurs **202** ff.
Zugehörigkeit zur Masse s. Konkursmasse.
Erdichtung von Forderungen **209** ff., II. 3; **212,** 3.
Erfüllung von Rechtsgeschäften 15 ff. u. N
Aktienzeichnung **15,** I. 2 a. E.
Bürgschaft S. 71 N.
Dienste **19.**
Eintragung i. Grundbuch **15,** I. 3 N.
Entschädigung wegen Nichterfüllung **21,** I. u. III.
Fixgeschäfte **16.**
Genehmigung **121** ff., II. 3a.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I.
Lebensversicherung **15,** I. 2 u. N.
Miete und Pacht vor erfolgter Übergabe **17** ff., I. u. III.; nach Übergabe **17** ff., I. u. II.
Nichterfüllung **15,** I. 3 u. 5.
Resolutionsrecht **21,** IV. 2.
Rückgabe der Leistung **21,** II.
Vertragsstrafen **21,** III. 3.
Vorbehalt für Reichs- u. Landesgesetze **20** u. N.
Wahlrecht des Verwalters **15** ff., Vorb. 2 u. 3; **15,** I. 1, 4 u. 5, II.
Werkmeister **21,** IV. 1.
Zweiseitige Verträge **15,** I. 2.
Ermittelungen durch das Gericht **67, 95** ff., III. 3 u. 4; **129** ff., I. 1 S. 425; **188** ff., 2.
Eröffnung des Konkursverfahrens 94 ff.
Anordnungen, vorläufige **98;** gleichzeitige **102.**
Antrag **95** ff.; s. Eröffnungsantrag.
Aufhebung **103** ff., 4.
Ausland **207** ff., I. u. II.
Bekanntmachung **103** ff., 1 u. 2.
Beschwerde **101.**
Mitteilung **103** ff., 3.
Verkündung **100,** 1.
Voraussetzungen **94, 95** ff.
Wirkungen **5,** II.; **6** ff.; **13,** 1.
Zeitangabe **100,** 1—3.
Zeitpunkt **100,** 1; E.-G. **8.**
Zweigniederlassung **207** ff., III.
Zustellung **103** ff., 3.
Eröffnungsantrag.
Anfechtung **23,** I. 3.
Armenrecht **95** ff., I. 2.
Aufrechnung **48,** IV.
Gebührenvorschuss **95** ff., I. 2.
Gemeinschuldner **95** ff., II.
Gläubiger **95** ff., III. u. N.
Zurücknahme **95** ff., I. 1.
Zurückweisung **95** ff., II. 3 u. 4, III. 3; **98,** 3 a. E.; **99.**
Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung **6, 7.**

F.

Familienfideikommisse 45; E.-G. **4** ff., II. 1.
Faustpfandrecht 40, II.; E.-G. **14** ff.
an Forderungen **40,** II. 2.
im Hinterlegungsfall **40,** I. 2.
Pfändungspfandrecht **40,** I. 2.
Faustpfand an Rechten **40,** I. 2.
Feststellung der Konkursforderungen.
Anträge **134,** III. 1.
Aufnahme anhängiger Prozese **134,** II. u. N.
Ausländische Urteile IV. 1 a. E.
Bestreitungsgründe **129,** ff., I. 2.
Beteiligte S. 415 u. N.
Einwendungen gegen festgestellte Forderungen **129** ff., II. 1b N. u. II. 1d; **149** ff., IV. 4.
Entscheidung **134,** III. 2.
Klage **134,** I.
Nebenforderung **129** ff., II. 1b N.
Nebenintervention s. dort.
Prüfungsverfahren s. dort.
Streitgenossenschaft **134,** I. 3.
Vollstreckbarer Titel **134,** IV.
Voraussetzungen **129** ff.
Vorrecht **54,** I. 3 u. **129** ff., I. 1 S. 424, 425.
Widerspruch des Gemeinschuldners **149** ff. IV. 5.
Wiederaufnahme des Kv. **183** ff., II. 4.
Wiederaufnahmeverf. **129** ff., II. 1d.

Wirkung **129** ff., II. 1 u. 2; **135, 149** ff., IV. 3.
Zinsen **129** ff., II. 1b N.
Zuständigkeit **134,** I. 4 u. N.

Fixgeschäft 16.

Freigebige Verfügung.
Anfechtung **25,** II.
Konkursforderung wird nicht durch f. V. des Gemeinschuldners begründet **56,** II. 3.
F. V. des Verwalters **5,** III. 3.

Fristen. Anfechtungsrecht **22** ff., Vorb. 3 S. 94 u. N.; A.-G. **3,** II.; **12.**
Anmeldungsfrist **126** ff., I.
Ausschlussfrist **139** ff., II. 2.
Einstellungsverf. **188** ff., 2.
Einwendungen gegen das Forderungsverzeichnis **146** ff., 2.
Niederlegung der Tabelle **126** ff., III. 2.
Prüfungstermin, besonderer **129** ff., I. 4 S. 430.
Schlusstermin **150.**
Zwangsvergleichstermin **166.**
Wiedereinsetzung **139** ff., II. 1; **146** ff., 1.

G.

Gehalt 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.

Geldstrafen 56, II. 2; **76,** I. u. II.

Gemeinschaft. Absonderungsrecht **44** u. N.
Auseinandersetzung **14** u. N.
Gläubigergemeinschaft **2,** I. 2.

Gemeinschuldner 5 ff.
Alimentationsansprüche an den G. s. dort.
Anfechtungsprozess **22,** IV. 3: **29,** 2; A.-G. **13.**
Anhörung **92,** I.; **95** ff., III. 3 u. 4; **121** ff., IV.; **189.**
Anwesenheit i. Prüfungstermin **129** ff., I. 3.
Armenrecht **95** ff., I. 2 s. noch K.-V.
Beerdigungskosten **51,** II. 3; **54,** I. 4.
Bestreitung der Forderungen **129** ff., I. 2, II. 2 u. N.
Dienstverhältnis **19,** 2 a. E.
Eide s. Offenbarungseid, Parteieneid.
Einstellung **188, 189, 192.**
Erbschaften s. dort.
Eröffnungsantrag **95** ff., I. u. II.
Ersatzpflicht **5,** III. 2.
Flucht **162,** 2.
Gemeinschaft, Gesellschaft **14, 44, 94,** I.
Geschäft **118** ff., II.; **121** ff., III. 1 a. E.
Handlungsfähigkeit **5,** II. 2.
Leistungen an den G. **7.**
Letztwillige Verfügung **5,** II. 2 a. E.
Masseansprüche **5,** III. 2; **50** ff., Vorb. 2 u. 3; **159,** 2; **175** ff., 2.
Miteigentum **14, 44, 94,** I.
Notbedarf **149** ff., IV. 2.
Offenbarungseid s. dort.
Prüfungstermin **129** ff., I. 2 u. 3.
Prozessfähigkeit **5,** II. 2 a. E.; **8** ff., I. 1; **207** ff., II. 3.
Prozessubjekt **5,** III. 1 S. 32; **8** ff. I. 4 u. 5 mit N; **35** ff., Vorb. 2 S. 177.
Rechtshandlungen **6,** I. 2; **22** (s. noch Anfechtung und Nichtigkeit).
Tod **161,** 3; **202** ff., 1.
Unterstützung **51,** II. 3; **112** ff., V. 3 a. E.; **118** ff., I.
Verfügungsrecht **5,** II.
Verpflichtungen **92** ff., I. u. II.
Widerspruch **149** ff., IV. 5.
Wirkungen der Feststellung **149** ff., IV. 3.
als Zeuge **5,** III. 1 a. E., N.; **8** ff., I. 6.
Zwangsmittel **92** ff., III.

Genossenschaften s. eingetr. Gen.

Genossenschaftsgesetz 195 ff.

Genossenschaftsregister 104 K.-O.; **95; 97** Gen.-Ges.

Gericht s. Konkursgericht, Vollstreckungsgericht.

Gerichtsschreiberei.
Bekanntmachungen **103** ff., 1.
Forderungsanmeldung **126** ff., II. 1.
Niederlegung **126** ff., III. 1; **139** ff., I.; **165** ff., 2; **188** ff., 2.
Vergleichsvorschlag **161,** 1.

Gerichtsstand
im Anfechtungsprozesse **22,** IV. 4.
im Feststellungsprozess **134,** IV. 2 S. 451.
d. Vermögens **207** ff., II. 1.

Gerichtsverfassungsgesetz 65, 4.

Gerichtsvollzieher 3, S. 26 N., **23,** I. 4 S. 115; **41,** II. 7; **68** ff., 2; **92** ff., III. 3.

Geschäft des Gemeinschuldners s. Gemeinsch.

Geschäftsbücher.
Führung ders. **209** ff., I. 1, II. 4 u. 5 mit N.
Schliessung **112** ff., II. mit N.

Gesellschaften mit beschränkter Haftung 103 ff., 3 N.; **193** ff, Vorb. N.; **209** ff., Vorb. I. 2 N.

Gesellschafter des Gemeinschuldners.
Absonderungsrecht **44.**
Auseinandersetzung **14.**
Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen des Gemeinschuldners **198** ff., 1 u. 4.
Gewahrsam E.-G. **14** ff., 2.
Gläubigerausschuss 79 ff.
Beschlussfassung **79** ff., IV.
Bestellung **79** ff., II.
Eingetr. Genossenschaft s. dort.
Geschäftskreis **76,** III. 1 S. 325, 326; **78,** 6; **79** ff., I. u. III.; **118** ff., I. u. II.; **121** ff., **125; 138; 146** ff., 4; **163** ff.; **170.**
Geschäftsordnung **79** ff., IV.
Mehrheit von Ausschüssen **79** ff., II. 2.
Mitgliederbefugnisse **79** ff., III. 1; **125,** 3.
Mitgliederzahl **79** ff., II. 2.
Verantwortlichkeit **79** ff., III. 2.
Vergütung **79** ff., III. 3.
Wählbarkeit **79** ff., II. 2.
Widerruf der Bestellung **79** ff., II. 3.
Gläubigerversammlung 85 ff.
Berufung **85** ff., I. 2.
Beschlussfassung **85** ff., II. 2 u. 3, III.
Beschwerderecht **85** ff., I. 1.
Eingetr. Genossenschaft s. dort.
Geschäftskreis **70** ff., I. 1 u. 2; **76,** III. 1; **78, 79** ff., II. 1 u. 2; **85** ff., I.; **118** ff., **121** ff., I. u. III.; **125,** 1; **137** ff., 2 a. E.
Leitung **85** ff., II. 1.
Stimmrecht **85** ff., III.
Untersagung der Ausführung eines Beschlusses **85** ff., IV. 1 u. 2.
Vertagung **85** ff., I. 2.
Wirkung der Beschlüsse **85** ff., IV. 1.
Grundbuch. Eröffnungsbeschluss **103** ff., 5.
Rechte des Gemeinschuldners **5,** II. 2; **30,** S. 160 N.; **202** ff., 1 S. 578.
Rückgewähr **30** S. 160 u. N.
Güterabtretung E.-G. **4** ff., I. 2.

H.

Haft des Gemeinschuldners **92** ff., III.; **98.**
Handelsbücher 209 ff., II. 4 u. III. 3.
Handelsgesetzbuch. Aufrechterhaltung von Vorschriften des H. **35,** 5 a. E.; **39** ff., Vorbem. 2 a. E., **41,** II. 6; **44,** 3.
Handelsregister 104; 193 ff., Vorb. N.
Herrschaftszeit E.-G. **8** ff.
Hinterlegung von Geldern **118** ff., III.
Absonderungsrecht **40,** I. 2.
Mitteilung an die Hinterlegungsstelle **125,** 2.
Sicherstellung bei Aufrechnung **47,** III.
Sicherstellung bei bedingter Forderung **60,** 1.
Verteilungsverfahren **154** ff., III.
Hohenzollern E.-G. **7.**
Hypothekenbuch.
Eröffnungsbeschluss **103** ff., 5.
Rechte des Gemeinschuldners **5,** II. 2 S. 32; **30** S. 160 N.; **202** ff., 1 S. 578.
Hypothekenrechte: Anfechtung s. dort.
Erwerb von H. nach der Konkurseröffnung **12.**
nach Erlass des Veräusserungsverbotes **98,** 1 u. 2 S. 368, 369.

I.

Inventarerrichtung 112 ff., IV.
Innungskassen. Absonderungsrecht **39,** Vorb. 2 S. 207.

K.

Kinder des Gemeinschuldners.
Niessbrauch **1,** IV.
Unterstützung **118** ff., I.
Vorrecht **54,** VI.; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Kommanditgesellschaft 198 ff.
Ausfall **198** ff., 4.
Bedeutung der K.-E. **198** ff., 1.
Kommanditist **198** ff., 2.
Konkursmasse **198** ff., 1 S. 563.
Liquidatoren **214.**
Vertretung **198** ff., 2.
Zwangsvergleich **189** ff., 3 u. N.
Kompensation s. Aufrechnung.
Konkursanspruch 2, I. 1.
Konkurseröffnung s. Eröffnung des Kv.
Konkursforderung s. auch Konkursgläubiger.
Anmeldung s. dort.
Ausfallsforderung **56,** I.; **57,** I. 3 u. III.; **198** ff., 4; **129** ff., I. 1; **178** ff., I. 1; s. noch Absonderungsrecht.
Bedingte Forderung s. dort.
Begriff **2.**
Betagte Forderung s. dort.

Bürge 60, 4.
Erdichtete Forderung 209 ff., II. 3; 212, 3.
Feststellung s. dort.
Fortlaufende Hebungen 62, 2 u. 63.
Freigebigkeit 56, I. u. II. 3.
Geldbetrag 62, 1.
Geldstrafen 56, I. u. II. 2.
Kosten 56, I. u. II. 1.
Prozesse 8 ff., III.; 134.
Rechtshängigkeit 126 ff., II. 3.
Rechtsnachfolge s. dort.
Schätzungswert 62, 2 u. 3.
Ungewisse Forderung 62.
Unbestimmte Forderung 62.
Verjährung, Unterbrechung 13; E.-G. 3, III. 2.
Vertragsstrafe 21, III. 3.
Vorrecht 54 u. N.
Zinsen 56, I. u. II. 1; 129 ff.. II. 1 b N.
Zwangsvergleich 160, 2; 175 ff., 2; 178 ff.

Konkursgericht 64; 202; 208.
Aufsicht 76.
Entscheidungen 66, 1.
Ermittelungen 67; 95 ff., III. 3. u. 4 188 ff., 2.
Geschäftsverteilung 64, 4.
Gläubigerausschuss 79 ff., II.
Gläubigerversammlung 85 ff., I. 2 u. II. 1.
Konkurrenz mit ausländischen Gerichten 207 ff., III. 3.
Offenbarungseid 112 ff., V. 2.
Unterstützung des Gemeinschuldners 118 ff., I.
Verteilung 137 ff., 2; 146 ff., 3 u. 4; 149 ff., I. 2.
Zuständigkeit 64, 112 ff., V. 2 u. 3; 202 ff., 1; 207 ff., III. 1.
Zwangsvergleich 163, 170 ff., 175.

Konkursgläubiger 2.
Absonderungsrecht 2, II.; 57, I. u. N.
Akteneinsicht 65, 2 a. E.
Anwesenheit im Prüfungstermine 129 ff., I. 2 u. 3.
Armenrecht 95 ff., I. 2.
Arreste 11, 1 u. 2.
Ausländer 4.
Begriff 2, I. 3 u. N.
Bestreitung von Forderungen 129 ff., I. 2.
Entschädigungsklage gegen Mitglieder des Gläubigerausschusses 79 ff., III. 2 S. 339; gegen den Verwalter 74, 2.
Gemeinschaft 2, I. 2.
Kostenforderung 2, IV. 2.
Mehrheit 95 ff., I. 3.
Periodische Leistungen 2, IV. 4.
Prozesse gegen den Gemeinschuldner 8 ff. III. u. N.; gegen den Verwalter s. oben Entschädigungsklage.
Rechtliche Stellung 2, I. 2.
Unterhaltsanspruch 2, IV. 5.
Vermögensanspruch 2, III.
Wechselforderung 2, IV. 3.

Konkursmasse 1.
Absonderungsgegenstände 3, II.
Ausländische 207, ff., I., II. 3 u. 4, III. 3.
Beschränkung der Zwangsvollstreckung 1, II. u. N.
Eisenbahnfahrbetriebsmittel 1, II. 2. a. E. u. N.
Erbschaften 1, III. 3.
Firma 1, I. 2.
Gehalt 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Geringfügigkeit 99, 190. Gen.-Ges. 93, 109.
Grundstücke 1, I. 3, II. 1; 5, II. 2.
Lebensversicherung 1, III. 2b u. N.
Leibrente 1, III. 2d.
Nichtwertbare Gegenstände 149 ff., II. 2.
Niessbrauch 1, IV.
Patent 1, I. 2.
Pension 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Rechte 1, I. 2 u. 3.
Schenkung von Todes wegen 1, III. 3.
Sicherungsmassregeln 98, 1—3.
Subjekt 1, II. 5, II. 2; 50 ff., Vorb. 3.
Vermächtnisse 1. III. 3.
Zeitpunkt 1, III.

Konkursverfahren, rechtl. Natur 5, I.

Konkursverwalter 5, 29, 70 ff.
Absonderungsrecht s. dort.
Anfechtungsrecht 5, III., 1 S. 36 ff u. N., 22. IV.; 23, II. 2 S. 119; 29.
Annahmepflicht 70 ff., II. 2.
Anwesenheit im Prüfungstermine 129 ff., I. 3.
Armenrecht 8 ff., I. 5; 29, 2.
Aufrechnung 46 ff., Vorbem. 6.
Ausländischer 207 ff., I., II. 2—4. III. 2.
Aussonderung 35 ff., Vorb. 1 u. 2; 107, 1.
Beaufsichtigung 35 ff., Vorb. 2; 75.
Befugnisse 5, III.; 107 ff., 118 ff.; 163; 170; 189.

Berichterstattung **118** ff., IV.; **129** ff., I. 1.
Bestreitung von Forderungen **129** ff., I. 2 u. II. 1a; **134.**
Entlassung **70** ff., II. 1; **76,** III.
Entziehung der Befugnisse **76,** III. 1 a. E.
Ernennung **70** ff., I. II. 3; **102.**
Ersatzansprüche, aktiv **77, 79** ff., III. 2; passiv **3,** II. 3; **5,** III. 1 u. 2; **74,** 2; **111,** 5.
Fähigkeit **70** ff., I. 4.
Feststellungsprozesse **134,** I. 1 a. E.; II. 2.
Legitimation **5,** III. 2; **70** ff., II. 1; **121** ff., I. 3.
Masseansprüche **50,** 2; **51,** 2; **52; 53,** 3 u. 4.
Mehrheit von Verwaltern **70** ff., I. 3.
Ordnungsstrafen **76.**
Pflichten **74, 78, 107** ff., Vorb. 4; **118** ff.; **138** ff.; **153** ff.
Prozesse mit dem Gemeinschuldner **5,** III. 1 S. 36; **35** ff., Vorb. 2 u. N. **74,** 2 S. 327.
Prüfungstermin **129** ff., I. 3.
Quittungen **125.**
Rechnungslegung **118** ff., IV.
Rechtliche Stellung **5,** III. u. N.
Rechtswohlthat des Inventars **43,** 5; **121** ff., III. 2a.
Rücktritt **70** ff., II. 2.
Schlussrechnung **78.**
Sicherheitsleistung **70** ff., II. 4.
Unabhängigkeit **107** ff., Vorb. 1.
Verantwortlichkeit **5,** III. 2; **74; 107** ff., Vorb. 4; **111,** 5; **159,** 2; **175** ff., 2.
Vergütung **77.**
Verteilung **137** ff., 2; **146** ff., 4; **149** ff., I. 2 a. E.; **154** ff., I.; **159.**
Vertreter **70** ff., I. 3 u. 4.
Verzicht **5,** III. 3; auf Anfechtungsr. **29** N.; auf Erbschaften **121** ff., III. 2a.
Vorrechte **54,** I. 3.
Konsulargerichtsbarkeit 64, 1.
Kontokorrentforderung s. Anfechtung, Eingetr. Genossensch., Vorrechte.
Kosten. Abgesonderte Befriedigung **50,** 3.
Auseinandersetzungsverf. **14,** 2 N.
Besonderer Prüfungstermin **129** ff., I. 4 S. 430.
Einstellungsverfahren **188** ff., 3 a. E.
Einzelne Gläubiger **51,** I., **56,** I. u. II. 1.
Feststellungsprozess **136,** 2.
Haftkosten **92** ff., III. 1. **98,** 1 a. E.
Nachforderung **159,** 2.
Prozesskosten als Konkursforderung, **8** ff., I. 5 N., II. 1 a. E.; **55,** I. u. II. 1; als Masseschuld **52,** II. u. N.
Prüfungstermin **129** ff., I. 4 S. 430.
Schuldhafte Verursachung und Überbürdung zur Strafe **65,** 2; **126** ff., III. 2.
Sicherungsmassregeln **98,** 1 a. E.
Zwangsvergleich **51,** 1.
Kostenfestsetzung 8 ff. I. 7 N.
Krankenkassen. Absonderungsrecht **39** ff., Vorb. 2 S. 207 u. N.

L.

Landesgesetze.
Aufrechterhaltung **39, 45, 209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II.
Aufhebung **22** ff., Vorb. III.; **30,** 2 u. 3 mit N.; **35,** 4; **37,** 1 **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., I.
Landesherrn und landesherrliche Familien E.-G. **7.**
Lehengläubiger 45 E.-G. **4** ff., II. 1.
Liquidatoren.
Aktiengesellschaft **193** ff., 3 u. 4.
Eingetrag. Genossenschaft s. dort.
Handelsgesellschaft, offene **198** ff.
Kommanditgesellschaft **198** ff.
Strafbestimmungen **214.**
Lieferungsgeschäfte als Fixgeschäfte **16.**

M.

Masse s. Konkursmasse.
Massegläubiger 50 ff.
Anmeldung **50,** 1 u. 2; **159,** 2.
Ansprüche an den Gemeinschuldner **50** ff., Vorb. 2; **159,** 2; **175** ff., 2.
Ausschluss **159.**
Berücksichtigung v. Amtswegen **50,** 1; **159,** 2.
Mehrheit der Konkursmassen **50,** 3.
Prüfung **50,** 1 u. 2.
Rangordnung **53.**
Vorzug **50,** 1.
Zwangsvergleich **175** ff., 2.
Massekosten.
Abgesonderte Befriedigung **50,** 3.
Beerdigung des Gemeinschuldners **51,** II. 3.
Begriff **51,** I. u. **52,** I.

Gebührenvorschuss **51,** II. 1.
Gerichtskosten **51,** II. 1.
Unterstützung **51,** II. 3.
Verteilung **51,** II. 2.
Verwaltung und Verwertung **51,** II. 2.
Zwangsvergleich **51,** II. 1.
Masseschulden.
Begriff **52,** I.
Bereicherung **52,** IV.
Handlungen des K.-V. **52,** II. u. N.
Pächter **52,** III. 2.
Prozesse **121** ff., II. 3b.
Vertragserfüllung **52,** III. 1.
Mietverhältnisse.
Absonderungsrecht **41,** II. 4 u. II. 2.
Erfüllung des Vertrages **17, 18.**
Miteigentum.
Absonderungsrecht **44** u. N.
Auseinandersetzung **14** u. N.
Mitschuldner.
Absonderungsrecht **61,** I. 3.
Bürgen **60,** 4 u. 5.
Haftungsweise **61,** II.
Konkurs, gleichzeitiger **61,** I. 1 u. 2.
Mehrempfang des Gläubigers **61,** III.
Rückgriff **60,** 4 u. 5; **61,** IV.
Moratorien E.-G. **4** ff., I. 2.

N.

Nachforderungsrecht d. Gläubigers **149** ff., IV.
Nachlass. Absonderungsrecht **43.**
Nachlasskonkurs 202 ff.
Antragsrecht **202** ff., 3.
Gegenstand **202** ff., 1.
Grundeigentum **202** ff., 1.
Mehrheit der Erben **202** ff., 1.
Rechtswohlthat des Inventars **43,** 4; Geltendmachung durch den Verwalter **43,** 5.
Voraussetzungen **202** ff., 2.
Zwangsvergleich **202** ff., 3.
Nachtragsverteilung 153.
Nebenintervention
des Gemeinschuldners im Allgem. **8** ff., I. 6 u. N., im Anfechtungsprozesse **29,** 2, im Feststellungspr. **8** ff. I. 6 N.
d. Genossen s. eingetragene Genossensch.
der Gläubiger im Anfechtungsproz. **29,** 1 A.-G. **1,** III. 2; **13,** II. 3; im Feststellungsproz. **134,** II. 2.
d. ausländischen K.-V. **207** ff., I.
Nichterfüllung s. Aussonderungsrecht und Erfüllung.
Nichtigkeit 6.
Anfechtung s. dort.
Bevollmächtigte **6,** I. 3.
Rückgewähr **6,** II.
Wirkung **6,** I. 5.
Niederlassung 207 ff., III.
Niessbrauchsrechte des Gemeinschuldn. **1,** IV.
Notbedarf 149 ff., IV. 2.

O.

Öffentlichkeit d. Verhandlungen **65,** 4.
Öffentliche Bekanntmachung s. Bekanntmachung.
Offenbarungseid 112 ff. V. u. S. 394 N.; **162,** 2; **188** ff. 2; **193** ff. 4; **198** ff. 2; **202** ff., 3 a. E.
Officialprinzip 67.
Offener Arrest 102, 103 ff., 2; **108.**
Offene Handelsgesellschaft 198 ff.
Anfechtung **198** ff., 1 S. 572.
Ausfallsforderung **198** ff., 4.
Bedeutung des Konkurses **198** ff., 1.
Konkursmasse **198** ff., 1 S. 573.
Offenbarungseid **198** ff., 2.
Vertretung **198** ff., 2.
Zwangsvergleich **198** ff., 3.

P.

Pachtverhältnisse.
Absonderungsrecht **41,** II. 2 u. 3.
Erfüllung des Vertrages s. dort.
Masseschuld, **52,** III. 2.
Parteieneide 8 ff., I. 6; **23,** I. 4, III. 1; **24,** I. 3c.
Pensionen 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Pfandbriefe E.-G. **14** ff., 4.
Pfandrechte 40, 41.
Befriedigung ohne gerichtliches Verfahren **116** ff, 3.
Faustpfandrecht **40,** II. E.-G. **14** ff.
P. an Forderungen **40,** II. 2; E.-G. **14** ff., 3.
Gesetzliche P. **41,** I.
Kaufmännische P. **41,** II. 6.
Pfändungspfandrechte **40,** I. 2; **41,** II. 7.
Rangordnung **40,** III. 3; **41,** I. 3.

Pfandrechtstheorie 2, I. 2; **5,** II. 1; Einleitung II. 5.
Pfandstücke. Anzeigepflicht s. dort.
Einlösung **121** ff., II, 3d.
Post 111.
Protokoll 65, 1 S. 308.
im Prüfungstermine **129** ff., II. 1 u. 3.
Prozesse des Gemeinschuldners **8** ff.
Aktivprozesse **8** ff., II. 1.
Allgemeines **8** ff., I.
Aufnahmeentscheidung d. Zwischenurteil **8** ff., II. 1 N.
Beendigung des Kv. **8** ff., I. 7.
Eide s. Parteieneid.
Feststellungsprozesse **129** ff., II. 2; **134,** i. 3 a. E.; **149** ff., IV. 5.
mit Gläubigern **8** ff., I. 3 u. III.
Handelssachen **8** ff., I. 8.
mit dem Konkursverwalter s. dort,
mit Mitgliedern des Gl.-A. **79** ff., III.
Passivprozesse **8** ff., II. 2.
Rechtsmittelinstanz **8** ff., I. 4 N. u. II. 1 N.; **134,** II. 2 a. E.
Streitgenossenschaft **134,** I. 3 a. E.
Unterbrechung **8** ff., I. 4; **207** ff., II. 3; A.-G. **13.**
Zustellungen **8** ff., I. 3. u. 4.
Prozessfähigkeit **5,** II. 2 a. E.; **8** ff., I. 1; **207** ff., II. 3.
Zwangsvergleich **178** ff., II. 1.
Prüfungsverfahren 129 ff. u. N.
Aussetzung der Prüfung **129** ff., I. 1 S. 425.
Berichtigung **129** ff., II. 1d a. E.
Besonderer Termin **129** ff., I. 4.
Bestreitungsgründe **129** ff., I. 2.
Beteiligte **129** ff., I. 2.
Beurkundung **129** ff., II. 3.
Ergebnisse **129** ff., I. 1 a. E.; II. 1 u. 2 mit N.
Form, Gang und Gegenstand **129** ff., I. 1.
Notwendige Personen **129** ff., I. 3.
Widerspruch des Gemeinschuldners **129** ff., II. 1c u. II. 2: **149** ff., IV. 5.

Q.

Quittungen des Verwalters. **125.**

R.

Rangordnung der Absonderungsberechtigten **40,** III. 3; **41,** I. 3.
Konkursforderungen **54.** E.-G. **9** ff., I. a. E.
Masseansprüche **53.**
Realgläubiger s. Absonderungsrecht.
Rechnungslegung des Verwalters **78** (s. noch Schlussrechnung)
Rechtshängigkeit 126 ff., II. 3. A.-G. **3,** II. u. **4,** II. 1.
Rechtshandlungen des Gemeinschuldners s. Anfechtung, Nichtigkeit, Verfügungsrecht.
Rechtshilfe 65, 4.
Rechtskraft im Feststellungsprozesse **149,** IV. 5.
der Strafurteile **209** ff., I. 6a.
Rechtsnachfolge.
Anfechtung **29,** 1. S. 156; **33.** A.-G. **11.**
Anmeldung **126** ff., II. 3. **134,** III. 2.
Besonderer Prüfungstermin **129** ff. I. 4.
Eröffnungsantrag **95** ff., III. 1.
Feststellung **129** ff., I. 4.
Massegläubiger **52,** I. a. E.
Stimmrecht **169,** II. 2; **85,** III. 5.
Vorrecht **54,** I. 5. u. N.
Zwangsvergleich **168,** 1; **169,** II. 3.
Registrierte Gesellschaften in Bayern E.-G. **6.**
Reichsgesetze. Aufhebung **209** ff., Vorb. II. E.-G. **3,** II.
Aufrechterhaltung E.-G. **3,** I.
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Reichskanzler 4, 2; **207** ff. II.
Reichsschuldbuch 20, 1 N.; **103** ff., 3 N.
Resolutionsrecht s. Erfüllung von Rechtsgeschäften.
Revisionssumme 136, 2.
Rückgewähr s. Anfechtung, Nichtigkeit.

S.

Schenkungen s. Anfechtung.
Schiedsverträge des Verwalters **121** ff., II. 3c.
Schlussrechnung des Verwalters.
Bemerkungen des Gläubigerausschusses **78,** 6.
Einwendungen **78,** 2.
Form **78,** 4.
Schlusstermin **149** ff., II.
Verweigerung und Verzögerung **78,** 3.
Zeit **78,** 5.
Zwangsvergleich **78,** 1. S. 330.
Schlusstermin 149 ff., II.

Schlussverteilung 149 ff., I.
Schuldenmasse 126 ff., Prozesse über dieselbe 8 ff., III.; 121 ff., II. 3b.
Schutzgebietsgerichtsbarkeit 64, 1.
Selbstverwaltung d. Gläubiger 107 ff., Vorb. 1.
Sicherstellung
Aufhebung 158.
Aufrechnung 47, III.
für Vertragserfüllung 15, I. 4.
Zwangsvergleich 175 ff., 3.
Sicherheitsmassregeln
bez. der Masse 98, 102; 108, 111 ff.
gegen den Gemeinschuldner 93; 98; 183 ff., I.
Siegelung 112 ff., I. 1.
Spiel 209 ff., III. 2.
Stammgüter 45; E.-G. 4 ff, II. 1.
Statutenkollision.
Anfechtungsrecht 22, II. 2.
Aufrechnung 46 ff., Vorb. 3.
Aussonderung 35, 1.
Stimmrecht. Änderung 85 ff., III. 3 u. 5.
Gerichtsbeschluss 85 ff., III. 2.
Regel 85 ff., III. 1.
Vereinbarung 85 ff., III. 2.
Zwangsvergleich 169, I. 2 u. II.
Stimmenkauf. Strafbarkeit 213.
beim Zw.-V. 168, 1 S. 502 u. N.
Strafbestimmungen 209 ff.
Allgemeiner Thatbestand 209 ff., Vorb. III.
Bankerutt, betrüglicher 209 ff., II u. N.
Bankerutt, einfacher 209 ff., III.
Begehungsort 209 ff., I. 3b.
Begünstigung 211.
Beiseiteschaffen 209 ff., II. 2; 212, II.
Erdichtete Forderungen 212, 3.
Fragestellung 209 ff., I. 6b.
Gefährdungsdelikt 209 ff., I. 2.
Geschäftsführer v. Gesellsch. m. beschr. Haftung 209 ff., Vorb. I. 2 N.
Herrschaftskreis 209 ff., Vorb. III. 2—4
Irrtum 209 ff., II. 4, III. 3; 214, 3.
Konkurseröffnung als Thatbestandsmerkmal 209 ff., I. 3.
Landesrecht 209 ff., Vorb. II.: E.-G. 4 ff., II. 2.
Mildernde Umstände 209 ff., I. 6b.
Rechtskraft 209 ff., I. 6a.
Reue, thätige 209 ff., II. 6.
Rücktritt 209 ff., II. 6.
Stimmenkauf 213.
Urteilsbegründung 209 ff., I. 6a.
Veränderung d. rechtl. Gesichtspunktes 209 ff., I. 6a.
Verheimlichung 209 ff., II. 2 u. 5; 212, 2.
Verjährung 209 ff., I. 3b.
Versuch 209 ff., II. 6; 212, 1.
Vollendung 209 ff., I. 3a.
Vollkaufmann 209 ff., II. 4.
Vorstände von Handelsgesellschaften 214.
Zahlungseinstellung als Thatbestandsmerkmal 209 ff., I. 3.
Zusammenhang, ursächlicher 209 ff., I. 4a, zeitlicher 209 ff., I. 4b.
Zuständigkeit 209 ff., I. 6a.
Zusammentreffen mehrerer Thatbestände 209 ff., I. 5; 211, 4; 212 4.
Streitgegenstand. Wert desselben:
Anfechtung im Konkurse 29, 1; 30, 2.
Anfechtung ausserhalb des Konkurses A.-G 1, II. 1 S. 656.
im Feststellungsprozesse 136.
Streitgenossenschaft 2, I. 2; 134, I. 3 u. II. 2.

T.

Tabelle. Berichtigung 134, V.
Eintragung der Anmeldung 126 ff., III. 1; 129 ff, I. 1; der Feststellung 129 ff., II. 3.
Mitteilung an d. K.-V. 126 ff., III. 2.
Offenlegung 126 ff., III. 2.
Vollstreckbarer Titel 149 ff., IV. 3 u. 4; 178 ff., II. 1.
Teilungsmasse.
Besitzergreifung 107, 1.
Prozesse 8 ff., II.; 121 ff., II. 3b.
Verwaltung 107 ff., Vorb.
Verwertung 107 ff., Vorb. 2; 107, 2; 116, 117.
Zwangsverwaltung 116, 117.
Teilungsplan 149 ff., II. 3.
Telegraphenanstalten 111.
Telegramme 111; 126 ff., II. 1.
Termine.
Erörterungstermin 165 ff., 2 S. 499.
Prüfungstermin, allgemeiner 102, 129 ff. I.: besonderer 129 ff., I. 4.
Verbindung 102, 165 ff., 5.
Vergleichstermin 165 ff., 5.
Vertagung 126 ff., III. 2; 129 ff., I. 1 S. 425.
Wahltermin 102.

Tod des Gemeinschuldners.
Fortdauer des Konkursverfahrens **202** ff., 1 S. 578 a. E.
Zwangsvergleich **161,** 3.

U.

Überlegungsfrist der Erben **1,** III. 3; **202** ff., 1 S. 578 a. E.
Überschuldung **193** ff., Vorb. N., **193, 203**; Gen.-Ges. **134.**
Unbewegliche Sachen (s. noch Grundbuch, Hypothekenbuch).
Absonderungsrecht s. dort.
Erwerb **121** ff., III. 2b.
Umschreibung in öffentl. Büchern s. Grundbuch.
Veräusserung **107** ff., Vorb. 2; **116, 117** u. N.; **121** ff., III. 1.
Unentgeltliche Verfügung s. Anfechtung i. K.
Unterbrechung anhängiger Prozesse **8** ff. u. N. A.-G. **13,** II.
Unterhaltspflicht **1,** IV.
Unterstützung des Gemeinschuldners.
Entziehung **112** ff, V. 3 a. E.; **118** ff., I. 4.
Gewährung **51,** II. 3; **118** ff., I. 1—3.
Urheberrechte s. Konkursmasse.
Urteilshypothek **129** ff., II. 1 c. S. 432; **149** ff., IV. 4; **178** ff. III.

V.

Veräusserung **107** ff., Vorb. 2; **107,** 2; **116** ff. u. N., **121** ff., aus freier Hand **121** ff. III. 1.
Veräusserungsverbot **98,** 2 u. 3.
Verfolgungsrecht **36** u. N.
Verfügungsrecht des Gemeinschuldners **5.**
Vergleiche **121** ff., II. 3c; ausserhalb des Konkursverfahrens **160** ff., Vorb. 5; **168,** 3.
Vergütung des Konkursverwalters **77.**
der Mitglieder des Gläubigerausschusses **79** ff., III. 3.
Verhaftung des Gemeinschuldners s. Haft.
Verhandlung, mündliche **65,** 2, 4; **66,** I; **78,** 2; **129** ff., I. 1; **165** ff., 3 u. 4.
Verheimlichung **209** ff.; II. 2 u. 5; **212,** 2.
Verjährung
des Anfechtungsrechtes **34;** A.-G. **12.**
der Strafverfolgung **209** ff., I. 3b.
Unterbrechung der Verj. **13, 178** ff., I. 1 S. 522; E.-G. **3,** III. 2. A.-G. **12,** 2.
Zwangsvergleich 178 ff., I. 1 S. 522.
Verkündung von Entscheidungen
im allgemeinen **66,** II. 1.
des Eröffnungsbeschlusses **100,** 1.
im Vergleichstermine **170** ff., I. 3.
Vermächtnisse s. Erbschaften.
Vermögensübersicht **95** ff., II. 2; **112** ff., III. u. IV.
Verteilung.
Abschlagsverteilung **146** ff.
Absonderungsrecht **139** ff., II. 3.
Ausschluss **139** ff., III. 2 u. 3; **159.**
Aussetzung **146** ff., 5.
Bekanntmachung **139** ff., I.
Einwendungen **146** ff., 2; **149** ff., II. 1.
Genehmigung **137** ff., 2; **149** ff., I. 2.
Hinterlegung **154** ff., III.
Massegläubiger **139** ff., III. 1 S. 463, 464; **146** ff., 4; **159.**
Nachträgliche Berücksichtigung **139** ff., I. a. E., III. 1.
Nachtragsverteilung **153.**
Schlussverteilung **149** ff., I.
Verzeichnis der Forderungen **139** ff., I. u. III. 3; **153,** 2.
Vollzug **146** ff., 4; **154** ff., I. u. III. 4.
Voraussetzungen **139** ff, II. 2.
Vorrecht **157.**
Zeitpunkt **137** ff., 1.
Zurückzubehaltende Beträge **154** ff., II.
Zwangsvergleich **146** ff., 5; **175** ff. 3.
Verwalter s. Konkursverwalter.
Verwertung der Masse s. Veräusserung.
Verzeichnis der Massegegenstände **112,** III. u. IV.; der Forderungen **139** ff., I. III. 3; **153,** 2.
Vollstreckung.
Ausländischer Konkurs **207** ff., II.
Restforderung **149** ff., IV.
Unzulässigkeit **11, 207** ff, II.
Zwangsvergleich **178** ff., II.
Vollstreckungsgericht **112** ff., V. 2 u. 3.
Vorführung des Gemeinschuldners **92** ff., III. 2; **98,** 2.
Vorrechte **54** u. N.
Abgaben, öffentliche **54,** III. u. N.
Anmeldung **54,** I. 3; **126** ff., II. 2 u. N.
Ärzte, Apotheker **54,** V. u. N.
Auslagen **54,** II. 4.

Ausserhalb des Kv. **54,** I. 1. A.-G. **7,** I. 1 N.
Dienstlohn, Dienstbezüge **54,** II.
Entstehungszeit der Forderung **54,** I. 1, III. 2, IV. 1.
Feststellung **54,** I. 3: **129** ff., II. 1 a.
Forderungsübertragung **54,** I. 5 u. N.
Gebühren für freiwillige Gerichtsbarkeit **54,** III. 1.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I. a. E., IV.
Kinder **54,** VI.; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Kirchen **54,** IV.
Kontokorrent **54,** I 5.
Kosten **55,** I. u. II. 1.
Kostgeld **54,** II.
Krankenkassen **54,** II. 1 N.
Naturalleistungen **54,** II. 4.
Pflegebefohlene **54,** VI; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Rangordnung **54,** I. 3.
Register E.-G. **9** ff., IV. 2 u. 3.
Schadenersatz **54,** II. 4.
Schuldübernahme **54,** I. 5 N.
Schulen **54,** IV.
Sterbfallgebühren **54,** III. 3.
Umfang **55.**
Verbände, öffentliche **54,** IV.
„ politische **54,** III. 4.
Versicherungsgesellsch. **54,** IV. 2.
Verteilung **157.**
Vertragsstrafen **55,** II. 2.
Zinsen **55,** II. 3.
Zwangsvergleich **175** ff., 2; **178** ff.
Vorstände von Handelsgesellschaften.
Antrag auf K.-E. **193** ff., 3.
Bestrafung **214.**
Vertretung d. Gemeinsch. **193** ff., 4.

W.

Wahltermin 102, 1.
Wechselrechtliche Forderungen 2, IV. 3; **23,** II. 2 S. 125 u. III. 2; **24,** II. 2 a. E. **25,** II 2 a. E. u. N.; **27.**
Wertpapiere 118 ff., III.
Widerklage. Genehmigung zur Erhebung **121** ff., II. 3 b.
Widerspruch des Gemeinschuldners **129** ff, II. 1 c; **149** ff., IV. 5.
Wiederaufnahme von Civilprozessen 129 ff., II. 1 d; **134,** IV. 1.
Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.
Anfechtungsrecht, Aufrechnung **183** ff., II. 2.
Bekanntmachung **183** ff., II. 1.
Form **183** ff., II. 1.
Teilnahmerecht **183** ff., II. 1 u. 3.
Umfang der Forderungen **183** ff., II. 1 u. 3.
Verbindung mit einem anhängigen Konkurse **183** ff, II. 1.
Voraussetzungen **183** ff., II. 1.
Wiederholungen des Verfahrens **183** ff., II. 4.
Wiederaufnahme von Strafprozessen 134, IV. 1; **183** ff, I.
Wiedereinsetzung 65, 1; **139** ff, II. 1; **146** ff., 1.

Z.

Zahlungseinstellung 23, I. 3 u. N.; **48,** IV.; **209** ff., I. 3.
Zahlungsunfähigkeit 94, II. A.-G. **4,** I.
Zinsen. Absonderungsrecht **56,** II. 1. Ausschluss vom Konkurse **56,** I., II. 1.
Vorrecht **55,** II 3.
Zurückbehaltung 41, II. 2 d
Zurückbehaltungsrecht 41, I. 1, II. 2 d; II. 6; E.-G. **3,** I. 2.
Zurücknahme des Eröffnungsantrages s. dort.
Zuständigkeit
für Feststellungsprozesse **134,** I. 4.
Konkursverfahren **64, 193** ff., 1; **198** ff., 1; **202** ff., 1 a. E. **207** ff., III. 1 Gen.-Ges. **102, 104** ff., 5.
Prävention **64,** 2; **207** ff., III. 3.
Vereinbarung **64,** 2; **134** I. 4.
Wiederaufnahme **129** ff., II. 1 d.
Zustellung 66, II. A.-G. **4,** II. 1 u. III.
besondere Z. **69,** 2 u. 3.
Z. des Eröffnungsbeschlusses **100,** 1, **103** ff., 3.
Zwangsmaassregeln gegen den Gemeinschuldner **93, 98.**
Zwangsveräusserung 116, 117 u. N.
Zwangsvergleich. 160 ff. u. N.
Abänderung des Vorschlages **161,** 2.
Ablehnung **162,** 4; **163** ff., 1.
Absonderungsberechtigte **178** ff., I. 2.
Aktiengesellschaft **162,** 1; **193** ff., 4 S. 545.
Allgemeines **160** ff., Vorb. 1—4.
Anfechtungsrecht **178** ff., I. 1.
Anfechtung und Aufhebung wegen Betruges **182.**
Aufrechnung **178** ff., I. 2.
Ausserhalb des Konkurses **160** ff., Vorb. 5.

Begünstigung **168** u. N.
Beschlussfassung **165** ff., 3; **169.**
Beschwerde **162,** 4; **165** ff., 5 a. E; **170** ff., III.
Betrug **182.**
Betrüglicher Bankerutt **183** ff., I.
Bürgen **178** ff., I. 3 u. II. 2.
Cassatorische Klausel **181.**
Eingetragene Genossenschaft **162,** 1; Gen.-Ges. **109.**
Erfüllung **175** ff., 3.
Forderungspfändung **169,** II. 3.
Flucht **162,** 2; **193** ff., 4.
Gericht **163, 170** ff., **175.**
Gleichstellung **168** u. N.
Kollusionseid **160** ff., Vorb. 4.
Kommanditgesellschaft **198** ff., 3.
Kosten **51,** 1.
Mehrheiten **169.**
Mitschuldner **178** ff., I. 3 u. II. 2.
Nachlasskonkurs **202** ff., 3 S. 581.
Natürliche Verbindlichkeit **178** ff., I. 1.
Neuer Konkurs **178** ff., I. 1 S. 521.
Nichterfüllung **175** ff. 1 u. 3.
Niederlegung bei Gericht **165** ff., 2.
Offenbarungseid **162,** 2.
Offene Handelsgesellschaft **198** ff., 3.
Prozessführung **178** ff., II. 1.
Rechtliche Natur **160** ff., Vorb. 3 u. N.
Rechtsnachfolge **168,** 1; **169,** II. 3.
Sicherheitsleistung **175** ff., 3.
Stimmenkauf **168,** 1 u. N.
Stimmrecht **169,** II.
Subjekte des Vertrages **160** ff., Vorb. 3 u. **160,** 2.
Termin **165** ff., 2 u. 5.
Tod des Gemeinschuldners **161,** 3.
Urteilshypothek **178** ff., III.
Verfahren **161, 163** ff.
Verurteilung **162,** 3.
Verwerfungsgründe **170** ff., II.
Vollstreckung **178** ff., II.
Vorrecht **149** ff., IV. 3 a. E; **160,** 2; **178** ff.; II. 1.
Vorschlag **161.**
Wiederholung des Vorschlages **163, 164.**
Wirkungen **178** ff., u. N.
Zeitpunkt **160,** 1.
Zurücknahme des Vorschlages **161,** 2.
Zwangsvollstreckung s. Vollstreckung.
Zweigniederlassung **207** ff., III.
Zweiseitige Verträge **15,** I. 2; **178** ff., I. 1 S. 521.
Zwischenzinsen **58,** 2–4.

Berichtigung.

S. 276 Anm. 1: Die Krankenkassen haben nach dem Reichsges. vom 10. April 1892 § 55 Abs. 2 nicht mehr das Vorrecht der Ziff. 3, sondern das der Ziff. 1.

20.- gld
9379 bor

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Petersen, Julius, 1835-1909 / Petersen, Julius, / Kleinfeller, Georg,

Konkursordnung für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Reichsgesetz vom 21.7.1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen ... für den praktischen Gebrauch

Lahr 1892

J.pract. 401 r
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634380-5